

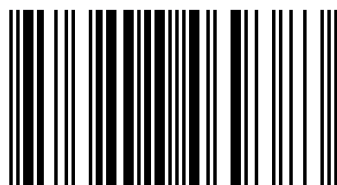
La violencia doméstica a juicio: todo lo que necesita saber

Con la globalización están entrando en crisis buena parte de las instituciones tradicionales, como la familia. Dicha crisis está generando además novedosas formas de violencia doméstica o intrafamiliar, que comprende manifestaciones diversas como la violencia conyugal, paterno-filial, infantil, de género, de dependencia, etc. Este estudio ofrece una visión holística: integrándose teórica y práctica, de manera interdisciplinaria en sus contenidos (con elementos de Derecho Penal y Criminología, más Sociología y Antropología Jurídica), así como en su ejercicio forense (en los juzgados y demás entes públicos involucrados). La pregunta de partida es: ¿resultan hoy seguros nuestros hogares? ¿Cómo se detecta la violencia en su seno y de qué manera cabe actuar? Las respuestas se encuentran en esta obra.



Héctor J. Cristóbal Luengo

Jurista del Cuerpo Superior Técnico del Ministerio del Interior (Prisiones), y Doctor en Derecho (UCJC), bajo la dirección del Prof. Dr. Antonio Sánchez-Bayón (Coord. Investigación UCJC, investigador en Dpto. Historia de Derecho UNED/DePaul/Baylor/Wizner&co.), con quien viene colaborando en diversas publicaciones y congresos.



978-3-8484-6938-3

editorial académica española

La violencia doméstica a juicio



Héctor J. Cristóbal Luengo · Antonio Sánchez-Bayón

La violencia doméstica a juicio: todo lo que necesita saber

Estudio interdisciplinario de contenidos y forense de desempeños

Cristóbal Luengo, Sánchez-Bayón

Héctor J. Cristóbal Luengo
Antonio Sánchez-Bayón

La violencia doméstica a juicio: todo lo que necesita saber

**Héctor J. Cristóbal Luengo
Antonio Sánchez-Bayón**

**La violencia doméstica a juicio: todo lo
que necesita saber**

**Estudio interdisciplinario de contenidos y forense de
desempeños**

Editorial Académica Española

Impressum / Aviso legal

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Información bibliográfica de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek clasifica esta publicación en la Deutsche Nationalbibliografie; los datos bibliográficos detallados están disponibles en internet en <http://dnb.d-nb.de>.

Todos los nombres de marcas y nombres de productos mencionados en este libro están sujetos a la protección de marca comercial, marca registrada o patentes y son marcas comerciales o marcas comerciales registradas de sus respectivos propietarios. La reproducción en esta obra de nombres de marcas, nombres de productos, nombres comunes, nombres comerciales, descripciones de productos, etc., incluso sin una indicación particular, de ninguna manera debe interpretarse como que estos nombres pueden ser considerados sin limitaciones en materia de marcas y legislación de protección de marcas y, por lo tanto, ser utilizados por cualquier persona.

Coverbild / Imagen de portada: www.ingimage.com

Verlag / Editorial:

Editorial Académica Española

ist ein Imprint der / es una marca de

OmniScriptum GmbH & Co. KG

Heinrich-Böcking-Str. 6-8, 66121 Saarbrücken, Deutschland / Alemania

Email / Correo Electrónico: info@eae-publishing.com

Herstellung: siehe letzte Seite /

Publicado en: consulte la última página

ISBN: 978-3-8484-6938-3

Zugl. / Aprobado por: Madrid, Universidad Camilo José Cela, Tesis (sobresaliente), GiDeCoG

Copyright / Propiedad literaria © 2014 OmniScriptum GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. / Todos los derechos reservados. Saarbrücken 2014

ÍNDICE

	Página
PRÓLOGO del Prof. Dr. A. Sánchez-Bayón	5
AGRADECIMIENTOS del autor	8
1.- INTRODUCCIÓN:	
1.1.- Interés del tema.	9
1.2.- Fines y objetivos.	15
1.3.- Metodología empleada.	16
PARTE PRIMERA. DELINCUENCIA DOMÉSTICA: VALORACIÓN SUSTANTIVA Y MARCO LEGAL	
2.- TRAS LA NOCIÓN DE VIOLENCIA DOMÉSTICA:	19
2.1.- Etiología de la violencia doméstica.	19
2.2.- Vertientes de la violencia doméstica.	21
3.- MANIFESTACIONES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA:	
3.1.- Maltrato físico.	22
3.2.- Maltrato emocional.	22
3.3.- Violencia sexual.	23
3.4.- Delitos de violencia doméstica en el Código Penal:	25
3.4.1.- Delitos de lesiones:	25
3.4.1.1.- Lesiones que no requieren tratamiento para su sanación.	25
3.4.1.2.- Lesiones que requieren tratamiento para su sanación.	26
3.4.1.3.- Daño causado.	27
3.4.2.- Delito de amenazas.	28
3.4.3.- Delito de coacciones.	30
3.4.3.1.- Aspectos discriminatorios de la figura.	31
3.5.- Maltrato infantil y de ancianos.	32
3.6.- Diferencias entre los distintos tipos de maltrato integrantes de la violencia doméstica.	33
4.- DIFERENCIACIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO:	36
4.1.- Desgaje de la violencia de género de la violencia doméstica.	36
4.2.- Reivindicación de una normativa de protección exclusiva de las mujeres.	37
4.3.- Definición del novedoso concepto de violencia de género.	38
4.4.- La violencia de género en el ámbito penal.	39
4.5.- La violencia doméstica en el ámbito penal.	40
4.6.- Diferencia de tipo y punitivas.	42
4.7.- Posibilidad de la mujer como victimaria de la violencia doméstica.	46

PARTE SEGUNDA. ESTUDIO HISTÓRICO Y COMPARADO

5.- REGULACIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN ESPAÑA:

5.1.- Antecedentes y origen del tipo:	
5.1.1.- Códigos penales españoles del Siglo XIX.	51
5.1.2.- Reformas constitucionales en el C. P. de 1944-73: El Art. 425.	51
5.2.- Devenir del tipo vigente:	
5.2.1.- Ley Orgánica 10/1995: El Código Penal de 1995.	53
5.2.2.- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VII del Libro II del Código Penal.	53
5.2.3.- El I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica.	54
5.2.4.- Situación en el Código Penal del delito de violencia doméstica.	55
5.2.5.- La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.	56
5.2.6.- El II Plan Integral Contra la Violencia Doméstica.	58
5.2.6.1.- Normativa como consecuencia del II Plan Integral Contra la Violencia Doméstica.	58

6.- LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA UNIÓN EUROPEA:

6.1.- Normativa propia de los países Estados miembros de la Unión Europea.	63
6.2.- Programas europeos contra la violencia doméstica.	68

PARTE TERCERA. EXÉGESIS, HERMENÉUTICA Y HEURÍSTICA DEL TIPO AL INICIO DE LA DÉCADA DE 2000.

7.- SUCESIVOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA PUNICIÓN DE LOS DIVERSOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA:

7.1.- El delito de malos tratos habituales.	71
7.2.- Lesiones agravadas: Tipo general:	75
7.2.1.- Tipo especial: Persona especialmente vulnerable que conviva con el sujeto activo.	75
7.3.- La L O 15/2005, de 8 de julio de modificación del C. Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio.	77

8.- 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:

8.1.- Momento histórico para su aprobación.	78
8.2.- Modificación del Art. 23 del Código Penal.	80
8.3.- Modificación del Art. 149 del Código Penal.	81
8.4.- Modificación del Art. 153 del Código Penal.	82
8.5.- Posible concurso de delitos entre las modalidades agravatorias del Art. 173.2 y los Arts. 153, 171.5 y 172 del Código Penal.	84
8.6.- Modificación del Art. 173 del Código Penal.	88

9.- LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL:

9.1.- Justificación histórica.	91
9.2.- Modificaciones en el Libro I del Código Penal.	91
9.3.- Modificaciones en el Libro II del Código Penal.	93
9.4.- Modificaciones en el Libro III del Código Penal.	94
9.5.- Modificaciones en materia de suspensión y sustitución de penas.	95

10.- LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA:

10.1.- Antecedentes sobre el alejamiento de la víctima.	96
10.2.- Oportunidad histórica.	97
10.3.- Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	98
10.4.- Unificación de los distintos mecanismos de tutela y protección de las víctimas, tanto civiles como penales.	99
10.5.- Solicitud de la Orden de Protección.	100
10.6.- Audiencia a la víctima.	101
10.7.- Resolución judicial.	102
10.8.- Alcance y contenido de la Orden de Protección.	102
10.9.- Medidas de naturaleza civil.	103
10.10.- Medidas de protección social.	104
10.11.- Obligatoriedad de información a la víctima.	105
10.12.- El Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.	105
10.13.- Efectos del quebrantamiento de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica:	106
10.13.1.- Quebrantamiento con el consentimiento de la víctima.	108
10.13.2.- Quebrantamiento con comisión de delito sobre la víctima.	109

11.- LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO:

11.1.- Localización histórica.	110
11.2.- Análisis del término <i>integral</i> .	112
11.3.- Tutela penal recogida en la Ley Orgánica 1/2004.	114
11.4.- Obligaciones en el ámbito penitenciario.	118
11.5.- Introducción del término <i>género</i> en el Código Penal.	119
11.6.- Tutela judicial: Los Juzgados de Violencia Contra la Mujer:	119
11.6.1.- Competencias en el orden civil.	123
11.7.- Asistencia jurídica gratuita y exención de tasas fiscales.	128
11.8.- El Fiscal de Violencia Contra la Mujer.	131
11.9.- Medidas judiciales a aplicar para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas.	131
11.9.1.- La orden o medida cautelar de alejamiento:	133
11.9.1.1.- Mecanismos tecnológicos de control a distancia.	134
11.9.1.2.- Prohibición de acudir a ciertos lugares y de	

aproximarse o comunicar con la víctima.	135
11.9.1.3.- Imperativo a la Secretaría General de II. PP. dependiente Ministerio del Interior.	136
11.10.- La adopción de prisión provisional.	139
11.11.- Problemática relativa a la constitucionalidad de la L O 1/2004.	140

PARTE CUARTA: ARMONIZACIÓN DEL TIPO VIGENTE

12.- REGULACIÓN ACTUAL: EL ART. 153 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL:

12.1.- Redacción actual como resultado de sucesivas reformas.	145
12.2.- Circunstancias agravatorias recogidas en el 2º párrafo del Art. 153:	151
12.2.1.- Comisión del hecho en presencia de menores.	151
12.2.2.- Comisión de hechos utilizando armas.	152
12.2.3.- Perpetración del delito en el domicilio común o en el de la víctima.	153
12.2.4.- Que los malos tratos en el ámbito familiar se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.	155
12.2.5.- Problemática relativa al aumento de la punición operada por la Ley Orgánica 11/2003.	156
12.3.- Redacción final: Diversidad de comportamientos incluidos.	158
12.3.1.- Matrimonio homosexuales.	160
12.3.2.- Aumento de la penalidad.	161
12.3.3.- Pena privativa de derechos de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad tutela, curatela, guarda o acogimiento.	164

13.- EL ARTÍCULO 173.2 DEL CÓDIGO PENAL:

13.1.- Resultado de dos grandes reformas.	165
13.2.- Análisis del término <i>habitualidad</i> .	168
13.3.- Análisis de cuatro aspectos concretos en la redacción del tipo.	169
13.4.- Ausencia de unanimidad doctrinal sobre el bien jurídico protegido.	174

14.- RESTANTES ARTÍCULOS DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL QUE REGULAN LOS DELITOS DE DELINCUENCIA DOMÉSTICA:

14.1.- El Art. 171 del Código Penal (apartados 4, 5 y 6).	177
14.1.1.- Conversión en delito de la anterior falta de amenazas.	179
14.2.- El Art 172 del Código Penal (apartado 2): Delito de coacciones.	181
14.2.1.- Conversión en delito de la anterior falta de coacciones.	182
14.3.- El Art. 620 del C. Penal (apartado 2): Faltas de violencia doméstica:	
14.3.1.- Las amenazas leves.	183
14.3.2.- Las coacciones leves.	184
14.3.3.- Las injurias leves.	185
14.3.4.- La falta de vejaciones leves.	188
14.3.5.- Consideraciones comunes a las cuatro faltas vistas.	189

CONCLUSIONES	190
---------------------	------------

PRÓLOGO del Prof. Dr. Sánchez-Bayón

Una vez más, me complace el presentar la obra de algún colaborador y/o discípulo. En esta ocasión, se trata de la primera monografía del *Doctor Cristóbal Luengo*. Antes de comentar el valor del estudio entre manos, permítame *amigo lector* que le cuente un par de notas acerca de su gestación, o sea, de su *intrahistoria*: de las tribulaciones que hubo de sufrir y aprender a tolerar su autor, para llegar hasta esta publicación. Nuestro *autor-protagonista, Héctor*, guarda ciertas similitudes con el héroe clásico, sólo que, afortunadamente, termina saliendo mejor parado, gracias a los compañeros de viaje –en especial, por la mediación de Carlos (UVA), del Prof. Montes (UNED), de Virginia (Dialnet), junto con otros tantos... pero no adelantemos acontecimientos.

¿Cómo arranca la anunciada historia? Hay que remontarse a un encuentro, en el campus de Villafranca, que tuvo lugar hace poco más de un curso académico atrás. Yo estaba recién aterrizado de mi periplo por tierras andaluzas (vid. prólogo de *Repensar la cooperación*). Tras charlar un rato con Héctor, quien me narrara sintéticamente su devenir, sin victimización alguna en su relato, pude detectar algo más. Pronto afloraron manifestaciones del *hispanico realismo mágico académico*, que por desgracia demasiado bien conozco, por lo que me vi compelido a intervenir *-desfaciendo entuertos-*, frente a las injusticias de nuestro polémico sistema universitario –si no me entorpecen mucho, aquellas sirenas de quien advertiré en breve, en el estío de este año podré ofrecer por fin mi *Historia crítica de la universidad*, donde rindo buena cuenta, de usos y abusos, para quienes deseen saber al respecto-. Volvamos a nuestro héroe y su trayectoria, que *a priori* parecía prometedora y fulgurante: Héctor se licenció en Derecho, en la *Universidad Complutense de Madrid* (UCM, promoción de 1991). Poco después sacó su plaza de funcionario de prisiones: *Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*, del Ministerio del Interior (promoción de 1993). Desarrolló su labor en los Centros Penitenciarios de Madrid I (Carabanchel-hombres, de enero a mayo de 1993); de Málaga (de mayo 1993 a mayo 1995); de Brieva (Ávila-mujeres: de junio 1995 a agosto 1996); de Ocaña I (de agosto 1996 a enero 2006); de Madrid V (Soto del Real, de enero 2006 a agosto 2007)... Hasta su destino actual, en el Centro Penitenciario Madrid IV (Navalcarnero-hombres). Mientras promocionaba profesionalmente, nunca dejó su desempeño educativo, siendo tanto preparador de opositores (desde 1995), como estudiante de doctorado, en nuestra *alma mater* común, y bajo el magisterio de mismos profesores, en concreto, el Catedrático García Pablos (en Derecho Penal y Criminología, UCM). Ahora bien, pese a que el maestro lo es *por lo que sabe y cómo lo enseña*, no así ha llegado a aprender el oficio el resto de su escuela. Desde entonces, se intensifican las tribulaciones de nuestro héroe, quien finalmente, ante los hostigamientos ha de solicitar el traslado de expediente a mi universidad actual –y como suelo decir: “y lo que dure”-. En ella, su infortunio viene a agravarse, al caer en manos de quien, por entonces, tiranizaba el Departamento de Derecho¹: una intrusa iletrada y ágrafa de “ambitio pecuniae

¹ No es que la cosa haya mejorado, pues sigue habiendo cierta continuidad, sin un Doctor en Derecho al frente, con un mínimo de vocación jurisprudencial... es curioso que, de los cuatro Decanos que ya he

(non ambitio dignitatis)”, por lo que su proyecto doctoral no sólo se deformó bastante, sino que acabó por sucumbir al *sueño de los justos*... Cerca estuvo de malograrse un proyecto de investigación, que a partir de una genial intuición del doctorando (basada en su experiencia laboral, vid. infra), rayó el ostracismo durante tiempo... Héctor se encontraba ante las murallas de su Troya doctoral, pero en vez de aparecer Aquiles para poner fin, surgieron otros personajes, entre ellos, un servidor *Quirón* (vid. *Renovación de la Filosofía Social Iberoamericana*).

Retos servido pues: se trataba de reencauzar un estudio sobre violencia doméstica, tema relevante, sí, pero peliagudo, y del que muy posiblemente no podría abstraerme para dejar que el doctorando “hallase su propia voz”². Dado que mi templanza corría el riesgo de menoscabo –cualquier científico ha de conocer los límites de su pretendida objetividad, y sólo exponerse a su erosión con la ayuda de la fortaleza-; empero, al no estar en mi mejor momento, opté por pedir ayuda a un buen amigo, a quien además le vendría bien la experiencia (por razones personales y profesionales): fue en el otoño cuando entró en juego el Prof. Dr. Carlos Pérez Vaquero (en adelante Carlos). Y es que Carlos es uno de esos raros casos actuales de ingenio renacentista, docente amable y comprometido y, sobre todo, de visión distinta a la mía –y sin embargo, complementaria-. Parecía así que todo empezaba a encajar: Héctor encontraba no a un maestro, sino dos; Carlos podía empezar a desempeñarse como co-director; y yo, con todo ello, procuraba cultivar las virtudes cardinales –al obligarme a callar en reiteradas ocasiones, máxime cuando Héctor y Carlos estaban de acuerdo. No fue fácil, ni difícil, simplemente arduo, requiriendo mucha mediación y transacciones constantes. En mi caso, renuncié a imponer (como director de la tesis) lo que hubiera deseado indagar y cómo hacerlo, pero me llena de orgullo y satisfacción que se respetara en todo momento la libertad y autonomía investigadora y científico-académica. De este modo, juntos, navegamos a buen puerto. Esta es la *intrahistoria*, de cómo Héctor pasó a ser *Odiseo*, llegando a la postre a su *Ítaca* doctoral: haciéndolo más sabio, justo, templado y fuerte –ay de las virtudes cardinales, vid. *Innovación docente en los nuevos estudios universitarios*-.

En cuanto a la obra entre manos³, se ofrece aquí un breve extracto de lo

conocido (en la casa), todos ellos han sucumbido a los *cantos de sirena*, dejándose rodear de aduladores anti-académicos, que más tarde han propiciado la debacle cíclica.

² Reconozco, amigo lector, que pese a haber sido pionero en temáticas afines -y aún más polémicas (e.g. mujeres e infantes como nuevos agresores, vid. notas 10, 65 y 131, más “Hacia una Política Criminal Europea: una propuesta de *servoducción* con atención a la condición femenina”, en *QdC-Quadernos de Criminología, Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, nº 20, ene.-mar. 2013. “Delito e infancia hoy”, en *Derecho y Cambio Social* (nº 33, año X), junio 2013. “Derechos del niño y problemas de la nueva infancia: análisis desde la criminología y la psicología jurídica”, en *QdC-Quadernos de Criminología, Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, nº 23, ene.-mar. 2014; otros textos, vid. Dialnet, URL: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1006863>, o Academia.edu, URL: <http://ucjc.academia.edu/antonios%C3%A1nchezbay%C3%B3n>), en esta ocasión, temía quedarme como un buzo en charcos de polémica. Y es que, la tesis propuesta no era del todo revisionista (en cuanto a una solvente ontología y epistemología, vid. supra), ni normativa (con un claro modelo alternativo de mejora), sino positivista: claramente, era necesaria la participación de Carlos (*idem*).

³ Si ve la luz esta publicación es por recomendación de los miembros del tribunal –a quienes aprecio y respeto, personal y profesionalmente, y con quienes cada vez mi deuda es mayor-: Dra. E. López (UDIMA), Dra. R.ª. Ventas (URJC), Dra. M.ª. A. Nuñez (UNED), Dr. F. Yzguiurre (UCM) y, sobre todo, el Dr. J. Montes Salguero (UNED).

que originalmente fuera la tesis. La misma, puede consultarse en abierto en Dialnet (gracias a Virginia –de las personas más trabajadoras y eficientes que conozco-), URL: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=41827>. Sin embargo, no figura todo, pues los anexos de encuestas, entrevistas en profundidad, y otras tantas técnicas de investigación social empleadas (en la línea de la Sociología Jurídica, que ya inaugurara en mi manual de 2008: *Sociología Jurídica Estadounidense*), únicamente, pueden consultarse si se pide el préstamo interbibliotecario de la tesis (encontrándose en el CD-Rom accesorio), o se nos puede escribir un correo electrónico al autor, o a un servidor (asbayon@ucjc.edu). Baste entonces decir, a modo de sinópsis evaluadora, que esta monografía contiene todo lo necesario para formarse una idea general de los problemas sustanciales y procesales que atañen a la temática de la violencia doméstica. Como ya comentara, claro que hubiera preferido diseñar de cero el estudio⁴, partiendo de la misma reflexión crítica a la que invité en su momento a Héctor⁵, pero siempre hay que trabajar con la realidad. Por tanto, con esta obra, se logra un avance más en el camino, sin embargo, mucho queda por recorrer – máxime, porque hace tiempo se desvió el camino-.

En definitiva, esta monografía, pese a resultar una revisión y adaptación de la tesis, sigue siendo un trabajo “on my way”, o sea, al estilo del Dr. Cristóbal, con elementos de Carlos, y alguna impronta mía... Y es que resulta más valioso así el texto, pues se requiere de una pluralidad de voces para informar a la opinión pública. Además, el Dr. Cristóbal se ha ganado el derecho a ser escuchado, tanto por su condición de jurisprudente como de jurisperito. En consecuencia, sólo me resta el invitarle (amigo lector), a que preste atención a lo que tiene que contar sobre la violencia doméstica alguien a quien preocupa y ocupa la materia a diario.

Credo ut intelligam.

Dr. Antonio Sánchez-Bayón (*doctor utriusque iuris*).

Prof. Titular en CC. Sociales y Jurídicas (ANECA), Autoridad Internacional (VIAF),
Coord. Investigación – Ftd. CC. Jurídicas y Económicas (UCJC),
Investigador ELLSP-DePaul, LAS-Baylor, Dpto. Historia del Derecho-UNED,
Dir. Consejo Científico-Académico del Despacho Wizner&co.

⁴ Acometiendo así un estudio algo más: a) analítico (profundizando en su dimensión ontológica y epistemológica, retirándose así los velos de confusión científicista, vid. *Innovación docente...* op. cit.); b) empírico y experimental (para reforzar la ya citada investigación cuantitativa y cualitativa, vid. infra); c) holístico (combinándose lo anterior y añadiéndole la carga deontológica correspondiente, con su cuestionamiento de legitimidad, validez y eficacia).

⁵ El fenómeno de la violencia doméstica o intrafamiliar proviene de bien atrás, sólo que el Derecho vigente apenas entraba a conocerlo, por afectar a límites relativos a la autonomía de la voluntad, fijados por los ilustrados impulsores del positivismo formalista estatal, hoy en retirada (con la globalización, vid. *Filosofía Política Jurídica Glocal y Renovación de la Filosofía Social Iberoamericana*). El caso es que de ser una cuestión de trato excepcional (se presumía la santidad del hogar), con la corrección política y el relativismo, se ha confundido la diversidad de violencia de proximidad, considerándose que es regla general de un modelo cultural decadente y fallido. En cualquier caso, sí que parece haber cierta unanimidad doctrinal, al considerar que la violencia doméstica supone cualquier abuso de confianza ejercido por uno o varios miembros de la familia contra otro u otros integrantes, siendo expresiones comprendidas la violencia contra la pareja –con especial atención a la mujer o género-, la infancia, los ancianos, los dependientes, etc. Dichas expresiones son las más frecuentes y comienzan a tipificarse en los Ordenamientos, pero no son las únicas (e.g. la servidumbre del débil, el hostigamiento del amigo familiar): ¿cuál es el límite hoy cuando todo se vuelve difuso y borroso en nuestras sociedades líquidas y de riesgo? (vid. infra).

AGRADECIMIENTOS del autor

El capítulo de los agradecimientos es, sin ninguna duda, el de más fácil redacción en esta obra. Los nombres de las personas a las que se la debo, irrumpen aquí por sí solos.

Antonio Sánchez-Bayón, con su facilidad para incentivar a las personas, su cercanía, su determinación. Carlos Pérez Vaquero, con su trabajo y su apoyo desde la distancia.

Francisco Javier Ruiz, Marta del Río, Marta Astudillo, Juliana Martínez y María José Domínguez han colaborado igualmente; alguno de ellos, sin ser conscientes de cuánto.

Por último, mi madre, cuya vida debería ser un ejemplo universal, y mi padre, desde algún lugar muy remoto.

1.- INTRODUCCIÓN.

1.1.- Interés del tema

El tema elegido para la elaboración del presente trabajo lo ha sido por el motivo siguiente:

El delito seleccionado, al que el vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) dedica once artículos –57.2, 83.1, 84.3, 88, 148, 153, 171.4, 172.2, 173.2 y 3, 468.2 y 620 apartado 2º–, posee evidentes diferencias con el resto de las conductas delictivas recogidas en los mismos títulos en los que se sitúan los artículos predichos, los delitos de lesiones, contra la libertad, los delitos de tortura y demás delitos contra la integridad moral y faltas contra las personas.

Las diferencias no lo son sólo en la calidad de la víctima –persona ligada al autor por alguna relación de índole personal–, sino que, sin perjuicio de que la existencia de las lesiones ordinarias puede calificarse como de consustancial en una sociedad incluso sana, la presencia del delito objeto de esta investigación, impide a una determinada comunidad considerarse civilizada. Los bienes jurídicos que protege el Código Penal vulnerados por la actividad delictiva descrita, lejos de lesionar física o mentalmente a una víctima concreta, pone como claro sujeto paciente del dolor a toda una colectividad.

El delito en estudio, de aparente reciente irrupción en el espectro delictivo y en las estadísticas delictuales, viene en fin así a cuestionar los progresos logrados por una civilización que se tiene por avanzada y que lleva realizando desde las últimas décadas ímprobos esfuerzos por lograr unas deseables cotas de bienestar e igualdad social.

Este estudio, tras una definición del término que le sirve de objeto de investigación, abordará las diferencias entre las dos vertientes en que termina por desplegarse, la violencia doméstica y la de género –conceptos que de ordinario se confunden–, para demostrar que el segundo puede llegar a considerarse un mero subgénero del primero, y por ello, sin adentrarse demasiado en el análisis de esta segunda figura, la cual da pie a posibles análisis detallados, se analizará la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de la que se probará que se trata de la responsable de la acuñación del referido término “violencia de género”, analizándose de ella lo cercano que se halla a la inconstitucionalidad, con la quiebra de los principios constitucionales de *igualdad*, recogido en el artículo 14 CE (“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo...”), y de *culpabilidad*, como responsabilidad penal personal del autor, referido en el artículo 10.1 CE [“La dignidad de la persona (...) es fundamento del orden público y de la paz social”], y en el aspecto exclusivamente penal, tanto lo superfluo de la misma, como las incongruencias de las que adolece, derivadas de su pretensión de regular los malos tratos, las lesiones –si bien, paradigmáticamente, no todas–, las amenazas leves y las coacciones leves realizadas por un actor varón cuando la víctima “sea o haya sido esposa o mujer que haya estado ligada a él”, ampliando a posteriori dicha posibilidad al poco concreto concepto de “o a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, el cual habrá de entenderse como una situación de

especial estado en la víctima, de la que se aproveche el autor para realizar su propósito, ya que ese estado aminora de manera importante su posibilidad de defensa. La especial protección brindada por nuestro ordenamiento va a entenderse como respuesta al desequilibrio en el reparto de los roles sociales que sitúa a la mujer en una posición aún subordinada y dependiente del compañero. Esa especial exposición al riesgo ha sido recogida por el vigente Código Penal y traducida en un mayor castigo al varón que agrede en el seno de esa relación, olvidando el texto punitivo, sin embargo, tanto el específico castigo al resto de mujeres con él convivan –madre, hija, hermana–, como a las demás mujeres, que aunque no compartan con él espacio, sí pueden sufrir sus actos violentos por motivo de su condición femenina.

El texto recorrerá la evolución de la regulación penal de las agresiones en el ámbito doméstico, realizando una descomposición de todos los avatares por los que el tipo ha atravesado, hasta llegar a su regulación actual, que en absoluto se trata de la definitiva, con estudio de varios errores detectados tanto en la redacción de los artículos que lo recogen, como en la oportunidad de la regulación de los bienes jurídicos a proteger, llegándose a la conclusión de que la responsable de dicha falta de sistemática va a ser la premura con la que habitualmente se han redactado los artículos de referencia, fruto de una realidad social cambiante que se reputaba ayuna de regulación penal de la conducta.

Se tratará asimismo del encaje de los matrimonios homosexuales –con su admisión en la normativa civil en el año 2005, en fecha posterior a la última regulación penal de la violencia familiar– en los artículos que regulan los malos tratos en la familia; se traerán también varias sentencias, tanto pertenecientes a la jurisprudencia menor, como propias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, en apoyo de las posiciones afirmadas, haciéndose además un análisis de las Instrucciones publicadas por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior, en desarrollo de las políticas que asignan a los centros penitenciarios españoles las normas reguladoras del delito de referencia, en orden a las cautelas a tener en cuenta durante el cumplimiento de la pena de los internos condenados por dichos delitos.

Por fin, tras la ponderación de toda la normativa propia y ajena al Código Penal que ha generado el delito analizado, se estudiará el tercer paso natural consecuente en la mayoría de los casos a la comisión de estos delitos, –tras la detención y el posterior enjuiciamiento–, cual es el cumplimiento de la pena en los diferentes establecimientos penitenciarios españoles, aclarándose que las condenas que a los diferentes tipos delictivos en análisis reserva el vigente Código Penal –salvo el supuesto previsto en el artículo 148.4º– no van a exceder de los tres años de duración.

El análisis de la violencia doméstica plantea una serie de problemas que dificultan la clarificación del fenómeno desde una perspectiva científica.

En primer lugar, se trata de un tema de actualidad y por ello, tratado prácticamente a diario por los medios de comunicación. Dicha afirmación, que en principio debería conceder mayor importancia al tema en análisis, podría sin embargo volverse en su contra, al imprimirle una presión social que podría hacer precipitarse tanto la regulación normativa de la propia delincuencia en el ámbito familiar, como los tratamientos que se habilitan para los delincuentes ya

condenados –que pueden adolecer de la exigible base científica– y el establecimiento de programas preventivos, que pueden verse privados del análisis de los factores más relevantes que la explican.

En segundo lugar, la existencia de acercamientos no científicos al estudio del tema, que son los que parecen dominar el planteamiento del fenómeno y exigir al analista la toma de partido, con las víctimas –la más habitual–, o con los autores, no contribuye en nada a la necesaria concesión de importancia a un problema que es grave, complicado, y que afecta a un número insospechado de personas, y que por ello exige un acercamiento objetivo y desprovisto de emotividad para su estudio, y una actuación ajena a urgencias y presiones.

La violencia doméstica es uno de los delitos más extendido en el mundo. La dimensión del fenómeno es enorme, y su difusión en todas las sociedades va pareja con las dificultades para conocer su extensión. Sin entrar a cuestionar estas afirmaciones, no podemos dejar de plantearnos que considerar la violencia doméstica exclusivamente como un fenómeno histórico y cultural impide intervenir en ella, ya que de ese modo, los cambios en esa concepción únicamente tendrían lugar cuando cambiasen los varesos sociales, políticos, culturales y educativos de la sociedad en su conjunto y esto implicaría el paso de muchos años, un gran esfuerzo y el despliegue de múltiples recursos sociales.

El objeto principal de este estudio es la violencia que tiene lugar en el seno del hogar familiar, no exclusivamente contra la mujer–pareja, sino la desplegada contra cualquier miembro que conviva con el agresor. Se tratará la violencia familiar, en cualquiera de las formas en que ésta se muestre, si bien irá más allá del núcleo familiar, no terminando así en el matrimonio, ya que también incluiremos la violencia contra la mujer en las parejas que conviven sin matrimonio, en las parejas que no han comenzado aún la convivencia, o que ya se han separado, y por supuesto, la que pueden sufrir tanto los menores o los ancianos, como cualquier conviviente que se presente como más débil que aquel que realice las acciones violentas, aprovechándose precisamente de esa vulnerabilidad.

Utilizaremos el término de *maltrato* al referirnos al contenido de la violencia doméstica, como palabra de empleo más común que se aplica a estas conductas. El uso de la denominación de maltrato también ha sido contestado por numerosas instituciones en cuanto parece suavizar la importancia de la violencia⁶. Sin embargo, consideramos que es un término útil porque a partir de él es fácil entender la posibilidad de diferentes niveles de gravedad de esas acciones que denominamos genéricamente como violencia doméstica.

Los malos tratos no siempre son agresiones físicas en tanto que su objetivo no es causar –casi nunca– una lesión inmediata, sino someter a la persona sobre la que se ejercen. En este sentido, es preciso ver cada agresión como un refuerzo, dentro de un camino continuo de coacciones. Veremos que son muchas las formas bajo las cuales aparecen los episodios de violencia –malos

⁶ “La violencia contra las mujeres. Propuestas terminológicas” Comisión de Seguimiento del Acuerdo Interinstitucional para la mejora de la atención a las víctimas de violencia doméstica y maltrato sexual. Evaluación de los Recursos Policiales en materia de Maltrato Doméstico contra las Mujeres. EMAKUNDE- INSTITUTO VASCO DE LA MUJER. [Consultado: 12-12-2013]. Disponible en Internet: URL:http://www.emakunde.euskadi.net/u72-preven/es/contenidos/informacion/viol_coordinacion/es_emakunde/adjuntos/acuerdo_interinsti1_es.pdf (Consultado: 2-3-2013).

tratos psíquicos, el abuso emocional, la violencia física, la violencia económica, el abandono...– contra los miembros más vulnerables de la familia. Comprobaremos que todas ellas deberán entenderse como violencia, en cuanto son formas de coacción y de imposición de conductas que ejercen algunos miembros del clan familiar para conseguir someter a otros dentro de ese reducido espacio.

Se comprobará cómo los malos tratos físicos derivan en daños físicos y psicológicos, y cómo las agresiones emocionales reiteradas pueden llegar a producir deterioros físicos. Numerosos estudios clínicos realizados sobre las víctimas de esta violencia reflejan que el maltrato psíquico produce consecuencias tan graves como el físico. Por maltrato psíquico o emocional vamos a entender aspectos como las amenazas o las coacciones que pueden tener lugar dentro de la familia, y asimismo el maltrato económico y el abandono. No se descuidará la violencia sexual de igual manera presente en muchos hogares, y se analizará cómo el maltrato directo sobre un miembro deriva necesariamente en maltrato psicológico sobre los demás.

Veremos cómo el caso más frecuente de violencia doméstica va a ser la combinación de violencia física y maltrato psíquico del hombre a los miembros considerados por él como más débiles, comenzando por su esposa o compañera, hecho muy extendido –paradójicamente– en la mayoría de las sociedades actuales. Gracias a la mayor sensibilidad social ante ello y a la detallada delimitación de las responsabilidades penales en las que puede incurrir el ofensor –con los posibles excesos de la que ésta puede adolecer, que igualmente se estudiarán–, se va advirtiendo de forma creciente la presencia de este tipo de violencia en nuestra sociedad.

En nuestro país, la actuación estatal frente a este fenómeno se ha reflejado prácticamente en todos los Códigos Penales, si bien ésta ha sido oscilante en función de la preocupación social. De una práctica tolerancia, se ha llegado a una actual condena popular –auspiciada por diversos colectivos, grupos de presión y asociaciones– que se ha traducido en una regulación que ha ido de menos a más, y que presenta en muchas ocasiones el escaso rigor y la provisionalidad propios de la precipitación y el apasionamiento con los que nace. En el presente trabajo se ha intentado un análisis de toda esa normativa, incluyéndose propuestas de mejora *de lege ferenda*.

La violencia desplegada en el interior del hogar familiar por alguno de sus miembros (normalmente el *más fuerte*, tanto en el sentido físico, como psíquico, social o incluso económicamente) ha venido recibiendo una serie de nombres que, por imprecisión y provisionalidad no ha gozado ninguno del estatus de plenamente definitorio del problema: “violencia familiar”, “violencia doméstica”, mucho después “violencia de género”, “violencia contra la mujer” e incluso “violencia machista”. Ninguno de ellos describe satisfactoriamente el problema que supuestamente deberían denunciar, relativo al maltrato e incluso muerte de ciertas personas que *conviven* con el autor del maltrato. Hasta la publicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el término más empleado, tanto por los medios de comunicación como por los estudiosos del Derecho, era el de “violencia doméstica”, el cual intentaba comprender en sentido amplio todas las violencia ejercidas sobre la pareja, los menores, los ancianos o cualquier otro miembro del

clan familiar que conviviese con el actor. Tras la aparición de esta Ley, se han dividido en dos las posibles violencias:

-Una, la novedosa violencia *de género*, la desplegada por el varón frente a la mujer con la que convive; y

-Otra, la *doméstica*, reservada en una especie de concepción residual, para la violencia que tiene como víctimas el resto de los sujetos que se hallen en el entorno del agresor.

El presente trabajo tiene como una de sus pretensiones, denunciar lo artificioso de dicha escisión, que ha arrojado más confusión de la que ya sufríamos –toda división viene siempre acompañada de dispersión–, y que además, coloca a la mujer en un papel que implica un evidente retroceso social (un ser débil, dependiente), cuando el Derecho tiene, sin embargo, el cometido de *oficializar* los avances que la sociedad haya conseguido imponer. La citada Ley, responsable de la introducción tanto en nuestro ordenamiento, como en nuestro vocabulario común del término “género” referido a la violencia contra la pareja mujer, si bien se refiere a este tipo de violencia, en materia penal abarca también el ámbito familiar, ya que todas las modificaciones que introduce en el Código Penal hacen referencia a la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agresor, y junto a ella, a las personas vulnerables que convivan con el actor, o a las personas que se recogen en el Art. 173.2 CP (resto de familiares y allegados), colectivo demasiado amplio, y por ello, igualmente poco concreto, ya que abarca tanto a todos los miembros de una familia extensa, como a personas amparadas por cualquier otra vía, con lo que no se consigue en definitiva la pretendida diferenciación del acto violento en función de su destinatario, sino con un llamativo endurecimiento de la pena para el caso de que la víctima sea la mujer pareja, descuidando sin embargo las casos en que la víctima sea la madre, la hermana o la hija, lo cual degrada el término “genero”, que sin embargo, según hemos dicho, la Ley acuña⁷, por ello, para que la Ley de referencia incluya en su denominación a los casos de violencia contra la mujer ejercida por parte del compañero sentimental con el que conviva, se propone que debería añadirse “*o por razón de sexo*”. Con lo que la denominación completa más ajustada desde aquí sugerida, debería ser la de *Ley Integral Contra la Vilencia doméstica o por razón de sexo*, y ello en línea con lo que la Constitución Española establece en su artículo 14 al prohibir la discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo (...)”.

Y todo ello, cuando además la mujer sufre también tanto actos de violencia física y psicológica por su pertenencia al sexo femenino ajenos al ámbito familiar –en su actividad laboral, o durante su etapa escolar–, cuanto dentro del seno familiar provenientes de su padre, hermanos o hijos varones.

A todo ello, debe asimismo añadirse que la violencia *doméstica* que tiene como víctima a la mujer, tiene su origen en la desigualdad social entre hombres y mujeres, ocupándose sin embargo nuestro ordenamiento únicamente de la que se

⁷ Sin perjuicio de que el propio término “género” nace ya viciado; para designar la condición orgánica o biológica por la cual los seres vivos son masculinos o femeninos, debe emplearse el término *sexo*; en nuestra lengua, no existe tradición de uso de la palabra *género* como sinónimo de *sexo*.
URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> (Consultado: 1-12-2013)

materializa en el hogar, si bien protegiendo en una suerte de estructura piramidal en primer lugar a la mujer y en segundo al resto de miembros, pero dejando en todo caso fuera, a la pareja del sexo masculino. Por ello, con la actual regulación se consigue un resultado distinto al deseado, cual es el convertir la violencia cuya víctima es la mujer–pareja en un caso más de violencia *doméstica* similar a la que pueden sufrir cualquier otro miembro, intentando luchar contra aquella con unos tipos agravados, que al final conceden mayor envergadura al sufrimiento femenino de la pareja que al de los demás convivientes con el agresor, situación que difícilmente obtendrá la meta deseada de la protección de la familia frente al terror que impone el maltratador, en el empeño de la tutela legal de la paz y el sosiego familiar.

Por ello, en este trabajo se tratarán las últimas modificaciones sufridas por el ordenamiento como de *violencia doméstica*, y no como *violencia de género*, al ser el entorno familiar la sede de dichos actos y en los que se fija la normativa a la hora de regularlos, por no entrar a analizar las situaciones violentas que sufren las mujeres en otros ámbitos, y ello, sin perjuicio de afirmar que la violencia sufrida en el hogar es una consecuencia de la desigualdad social que coloca a la mujer en desventaja en cuanto a la distribución de cometidos sociales, una manifestación de la discriminación y de las situaciones de desigualdad por el mantenimiento de las relaciones de poder, con la particularidad de que el ámbito de actuación legal es más reducido por la opacidad en la que se producen las acciones y en donde la denuncia y la prueba, van a ser más difíciles.

Las causas de la violencia que tiene lugar en el seno familiar, y cuya víctima es en muchos casos la mujer, según veremos, no deben buscarse en la propia naturaleza de las relaciones familiares, basadas en la dependencia y en las que sería por ello comprensible la posición de dominio de unos miembros sobre otros, sino que nacen de un problema del que adolece la educación tradicional, por el que se valora lo masculino en mayor medida que lo femenino. Esta es una de las conquistas a las que aspira la Ley, la plena igualdad del hombre y la mujer, incluso en las relaciones familiares, encontrando la traba de los modelos propios de varias culturas que se resisten a la aceptación de dicha equiparación.

Por ello, las lagunas de protección de la mujer, del menor y en general de todo miembro de la familia susceptible de sufrir maltrato por parte de otro integrante del clan familiar obtuvo una primera respuesta en nuestra democracia, en 1989, año en el que se incluyó en el Código Penal de 1944–1973 un nuevo delito caracterizado por el ejercicio de la violencia física de manera *habitual* en el seno familiar (en puridad, hasta la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, no existía ningún artículo que castigase las conductas relativas a la violencia en el ámbito familiar). La vida, la integridad física o psíquica, la libertad o la integridad moral son bienes cuya lesión obtendrá en adelante respuesta penal, y sobre los que la especial significación de la relación entre actor y víctima hace que el injusto de la agresión no quede satisfecho completamente por la simple aplicación de penas por la comisión de delitos de carácter personal.

La violencia familiar no es un hecho nuevo en nuestra sociedad, es un mal endémico que viene produciéndose desde hace siglos (ya el Código Penal de 1822 en los Arts. 625 y 658 castigaba determinadas conductas relacionadas con la violencia en el ámbito familiar, y en los Arts. 648 y 649, agravaba la pena por

la comisión de actos violentos sobre los padres o ascendientes, colaterales e incluso afines. Posteriormente, el Código Penal de 1870 recogía en su Art. 431, una circunstancia agravante específica para el caso de que las lesiones se cometieran sobre los miembros de la familia). La existencia de este particular delito es el que ha dado lugar al trabajo aquí presentado, habida cuenta de que la familia debería representar para el ser humano el espacio reservado a la seguridad y la protección, y, sin embargo, el hecho cierto es que en el seno privado del hogar familiar se producen actos violentos y con más frecuencia de lo que podamos pensar y frente a los cuales el poder coercitivo del Estado encuentra muros más sólidos que los encargados que delimitar el espacio doméstico.

1.2.- Fines y objetivos.

En los últimos años está aumentando la concienciación social sobre los delitos derivados de la violencia intrafamiliar. Ello tiene como consecuencias evidentes una mayor repercusión mediática, una más alta consideración policial hacia la víctima, una más elevada conciencia judicial del riesgo –con la consiguiente adopción de medidas preventivas– y una mayor sensibilización política, que ha derivado en reformas legislativas sociales y penales. La toma de conciencia no lo es únicamente por los elementos sociales, políticos y judiciales citados, sino también por las víctimas de estos delitos, que van a adoptar progresivamente actitudes más activas en la denuncia de su situación. Esta circunstancia se refleja en un crecimiento mantenido del número de denuncias de hechos integrantes de esta tipología delictiva: en España, durante el año 2012 se registraron un total de 73.347 delitos y faltas de maltrato producidos por un miembro de la familia de la víctima. A este tipo delictivo le afecta en mayor medida que a otros la *cifra negra*, por ello a pesar de estas cifras, debe significarse que el índice de denuncia se encuentra entre el 5 y 10 por ciento del total de casos que acontecen; por tanto, a partir de este índice se podría estimar que anualmente podrían llegar en España hasta los 650.000 los casos de violencia doméstica. También hemos de tener presente que, aunque las denuncias han aumentado considerablemente, también es cierto que ha ascendido dramáticamente el número de muertes fruto de la violencia doméstica, situándose la cifra en 666 mujeres en el periodo 2003–2012, ello equivale a una media de 69 mujeres asesinadas por su pareja cada año⁸. Como consecuencia de todo esto, se ha producido paralelamente un ascenso progresivo de la población penitenciaria por esta tipología delictiva. El número de internos que cumplen condena en los centros penitenciarios españoles por delito de violencia de género es de 4.046 a finales de abril de 2013. En relación a las medidas alternativas a prisión, la última información referente al año 2013 proporcionada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias es que a 30 de septiembre de esa anualidad se habían producido 43.018 sentencias de medidas alternativas en violencia de género, de las cuales 12.158 eran suspensiones o sustituciones⁹.

⁸ Consejo General del Poder Judicial. Violencia doméstica y de género. Actividad del Observatorio. Informes de violencia doméstica.
URL:http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Sala_de_Prensa(Consultado: 20-1-14).

⁹ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Servicios de Gestión de Penas y Medidas

Si bien datos como estos han sido objeto ya de múltiples estudios, creemos que el presente trabajo puede aportar otros puntos de vista no tratados hasta el momento con la profundidad que aquí se ha pretendido. Por ello, nuestro análisis va a suponer un intento de:

- a) Proporcionar un marco teórico multidimensional e integrador para conceptualizar la violencia intrafamiliar en la sociedad actual.
- b) Elaborar una diferenciación entre los términos violencia doméstica–violencia de género, para demostrar que la segunda se encuentra plenamente integrada en la primera, siendo aquella más amplia y por ello capaz de contener la segunda.
- c) Analizar todas las facetas en las que va a plasmarse la violencia intrafamiliar, concluyendo que los tipos físicos poseen un alto componente emocional, y viceversa.
- d) Realizar un rastreo de toda la normativa reguladora de la materia, desde los tipos históricos hasta los artículos del actual Código Penal que sancionan cada una de las vertientes en que ésta puede desplegarse. Ello, además, pivotando sobre la idea central de que todo el camino recorrido hasta llegar a la redacción actual de los artículos referidos tal y como figuran como resultado de las modificaciones sufridas, –que han tenido como acompañantes la premura, la salida al paso de las exigencias sociales de cada momento y la ausencia del debido sosiego y análisis en profundidad del calado de cada una de las reformas– ha arrojado como resultado el carácter innecesario de muchos de ellos, habida cuenta de que el propio Código Penal ya ofrecía el castigo adecuado de dicha delincuencia.
- e) Caracterizar el perfil de las personas agresoras.
- f) Presentar los programas de intervención actualmente aplicados a los condenados por dichos delitos.
- g) Analizar la reincidencia propia de esta tipología delincencial.
- h) Redactar unas propuestas para la prevención del maltrato en las familias.

1.3.- Metodología empleada.

El modelo empleado para el abordaje del tema es eminentemente multidimensional ya que la violencia doméstica es un fenómeno sumamente complejo que posee dimensiones estructurales y funcionales. Por ello, pensamos que un análisis sistémico desde contextos micros, mesos y macros proporciona una mejor comprensión de la figura. Van a ser la persona, la familia, las redes de apoyo social y el contexto sociocultural los elementos o componentes a considerar en la estructura de la violencia doméstica. Así, un análisis funcional implica tener en cuenta la interacción de la persona con los entornos, cómo ésta percibe, procesa, elabora y evalúa la información recibida y así mismo desarrolla patrones de afrontamiento. El enfoque multidisciplinario va a considerarse necesario porque la violencia doméstica se manifiesta de forma física, psicológica (emocional) o social, siendo materia de estudio de disciplinas como la medicina, la psicología, el trabajo social, la sociología, o el derecho.

Alternativas.

URL:http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/TERCE_R_TRIMESTRE_2013.pdf. (Consultado: 21-1-2014).

Va a partirse de la siguiente hipótesis: ¿la regulación actual de la violencia doméstica, tras un largo camino recorrido –no olvidemos que su castigo comenzó en el Código Penal de 1822– es la adecuada para frenar los episodios violentos en los que ésta se despliega? La respuesta a esta pregunta, desglosada a lo largo de las páginas de este trabajo, va a tener, según se ha dicho, un enfoque interdisciplinario que va a partir de un punto de vista lingüístico, en el que se da una definición del concepto en estudio, con apoyo en la ciencia médica y biológica, que aportarán una explicación de las causas de la violencia. Seguidamente, la sociología nos explicará el porqué de la pervivencia de la violencia en la familia, la cual posee una base cultural y su gran apoyo en el patriarcado, forma de organización social imperante en múltiples sociedades, caldo de cultivo para el tradicional reparto de roles que deriva en situaciones de superioridad de unos frente a otros.

La ciencia jurídica nos va a permitir diferenciar entre los delitos propios de la violencia doméstica y la reciente entrada en la norma jurídica del concepto *género*, dotado para muchos de sustantividad propia, llegando a demostrarse que debe ser, sin embargo, incluido en el concepto más amplio de *doméstico* si bien con matices específicos. Se analizará, además, desde este enfoque, el diferente tratamiento que da el Código Penal a una y otra. La misma ciencia jurídica analizará el devenir histórico que ha experimentado la regulación del tipo, examinando el momento preciso en el que se produjeron cada una de las actualizaciones en los diferentes Códigos Penales de los siglos XIX y XX, hasta llegar a la regulación actual, de la cual desgranará cada uno de los artículos que recogen los diferentes delitos en los que puede mostrarse la violencia intrafamiliar, diagnosticando lo superfluo de muchos de ellos. La propia ciencia jurídica analizará toda la normativa ajena al Código Penal que actualmente acompaña al mismo en cuanto a la lucha contra esta tipología delictiva (planes estatales de acción contra la violencia doméstica, orden de protección a las víctimas...). El recurso a la política y al derecho comparados, permitirán comprobar que el ordenamiento español no puede considerarse un reino de Taifas en el espectro internacional en la punición de esta conducta.¹⁰

La psicología abordará cómo un tipo de maltrato, como puede ser el *físico*, repercute psicológicamente en su complementario, el *emocional*, y lo contrario,

¹⁰ La solución a la complicada materia del estudio comparado fue brindada por SÁNCHEZ-BAYÓN, en su bibliografía sobre la materia: *vid.* Cap. 2 de *Sistema de Derecho Comparado y Global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*. SÁNCHEZ-BAYÓN, A. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. Cap. 6 de *Estudios de cultura política-jurídica: de la tolerancia a la libertad y su cuarentena actual*. SÁNCHEZ-BAYÓN, A. Madrid: Delta, 2010. Portafolio de *Introducción al Derecho Comparado y Global. Teorías, formas y prácticas*. SÁNCHEZ-BAYÓN, A. Madrid: Delta, 2011. – El reconocimiento de los derechos humanos en el Derecho judío: de la excepcionalidad doctrinal *kim li* al giro hermenéutico *midráshico*, pp. 275-289, SÁNCHEZ-BAYÓN, A. En MARTÍN, I.; GONZÁLEZ, M. (Coords.). *Repensar la normatividad: ¿quiénes son los sujetos, los objetos y contenidos de las relaciones vinculantes en la globalización?* SÁNCHEZ-BAYÓN, A. en *ICADE-Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 85, enero-abril 2012. pp. 181-217. – Religión, Política y Derecho en las Américas del nuevo milenio (pp. 39-104). *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi* (vol. 8, nº 1), 2012.- *Au revoir, loi de l'État: el fin del derecho estatal*, SÁNCHEZ-BAYÓN, A. en *Revista Electrónica de Pensamiento, Economía y Sociedad-Instituto Virtual de Ciencias Humanas* (vol. 5), septiembre-octubre 2010; versión revisada y ampliada (pp. 143 - 162) en *Bajo Palabra. Revista de Filosofía* (nº 5). 2010. pp. 29-46.

afectando así la personalidad y al comportamiento general de la víctima del maltrato. Dará igualmente una explicación al origen del maltrato a los ancianos que comparten espacio con el actor. La pedagogía va a explicarnos de qué manera los hijos que conviven en el hogar violento van a ser irremediablemente siempre las víctimas. La sociología criminal analizará el tipo delictivo como preocupación pública. Posteriormente, la psicología analizará el perfil del sujeto violento, los rasgos comunes y las categorías de los mismos.

Las *conclusiones* finales del trabajo de investigación suponen una recapitulación de todas las hipótesis planteadas, con la solución que para cada una de ellas brindan las ciencias referidas, toda vez que se reconoce que muchas cuestiones se encuentran en un proceso de mejora. Se cerrarán con propuestas para su desarrollo y el ofrecimiento de correcciones que intentan avanzar en simplificación y eficacia.

Para la confección de este trabajo ha sido determinante la bibliografía consultada. De la mayoría de ella, se ha anotado la cita precisa que refuerce el argumento defendido, o por el contrario, la opinión divergente del autor que mantenga criterio contrario. El presente trabajo es, por ello, prolijo en citas, notas textuales, alegaciones y testimonios. La forma en la que se han realizado las citas y referencias bibliográficas está normalizada en ISO (Organización Internacional de Normalización) y en UNE (normas españolas a cargo de la Asociación Española de Normalización AENOR, empleándose para ello la norma UNE 50104:1994 [norma internacional ISO 690:1987]. Las opiniones citadas se refuerzan igualmente con la transcripción de jurisprudencia, proveniente tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, así como resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional, Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal. Por último se citan diversas noticias aparecidas en diarios de tirada nacional, de las cuales se recoge el medio de difusión y su fecha de publicación.

PARTE PRIMERA. DELINCUENCIA DOMÉSTICA: VALORACIÓN SUSTANTIVA. REGULACIÓN LEGAL.

2.- TRAS LA NOCIÓN DE VIOLENCIA DOMÉSTICA:

La Organización Mundial de la Salud define la violencia como: “El uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades, y que tiene como consecuencias probables, lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte;”¹¹ asimismo describe como violencia doméstica “Los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres y ancianos”¹².

Por su parte, el Consejo de Europa la define como “Toda acción u omisión cometida en el seno familiar por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica o incluso la libertad de otro de los miembros de la familia, y que causa un serio daño al propio desarrollo de su personalidad”¹³.

En nuestro entorno jurídico, el concepto de violencia se encuentra muy desarrollado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina¹⁴ –como veremos en adelante– las cuales han ido elaborando una profunda y prolija identificación de los aspectos que la caracterizan.

2.1.- Etiología de la violencia doméstica.

La etiología de la violencia doméstica es compleja y multifactorial; las actitudes socioculturales, que justifican en ocasiones aspectos como las desigualdades de género, condiciones sociales, relaciones conyugales, conflictos familiares y los aspectos personales como la propia personalidad, una previa existencia de cuadros de de abusos y de violencia en la familia de origen se han relacionado con la aparición en múltiples núcleos familiares de la violencia doméstica.

Para Sullivan, Thompson, Wright y Gross¹⁵, “existe un problema social

¹¹ Informe mundial sobre la violencia y la salud. Capítulo 1, p. 5, refiriéndose al WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento WHO/EHA/SPI.POA Disponible en:

URL:[http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/]
http://www1.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf (Consultado: 13-3-2013).

¹² Calvo García recoge que “la violencia doméstica se produce especialmente contra la mujer: en la violencia sobre la pareja (78,3%), en la violencia contra menores (65% contra niñas y mujeres jóvenes) y en la violencia contra ascendientes (63% contra personas mayores). CALVO GARCÍA, M. Análisis socio-jurídico de la violencia doméstica, *La Ley Diario de Noticias*, Julio 2003. p. 6.

¹³ El Convenio de Estambul, en el seno del Consejo de Europa (Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence), celebrado el 11 de mayo del 2011, brinda en su artículo 3, una definición de violencia, que se considera muy relevante. Define en la letra b) la violencia doméstica como “todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro de la familia o unidad doméstica o entre los anteriores o actuales cónyuges si el autor comparte o ha compartido el mismo domicilio con la víctima”.

URL:<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HTML/210.htm> (Consultado: 6-6-2013).

¹⁴ Medina destaca cómo la Comisión de Derechos Humanos del Senado publicó un Informe en 1989, determinante para el reconocimiento social de la violencia doméstica, extrayéndola de la esfera íntima de la familia donde hasta entonces se encontraba. MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002. pp. 31 y ss.

¹⁵ SULLIVAN, T., THOMSON, K., WRIGHT, R., GROSS, G. y SPADY, D. *Social problems: Divergent perspectives*. New York: John Wiley and Sons Publishers. 1980. p. 91

cuando un grupo de influencia es consciente de una condición social que afecta a sus valores, y que puede ser remediada mediante una acción colectiva”. Algunas situaciones ancladas en la tradición y la cultura de muchas sociedades durante siglos, se han relacionado igualmente con la violencia en el ámbito familiar, y en concreto, con la específica contra la mujer; éstas consistirían en las tradicionales relaciones de sumisión y dependencia de la mujer respecto al hombre, la justificación en ocasiones de la violencia masculina y su tolerancia por la sociedad e incluso por el propio género femenino, los estereotipos sexuales y el rol limitado asignado a la mujer a nivel social¹⁶.

La violencia ha sido y es utilizada como un instrumento de poder y dominio del fuerte frente al débil, del adulto frente al niño, del hombre frente a la mujer a través de los tiempos.

La violencia doméstica deriva así en graves riesgos para la salud de las víctimas, en los planos físico y psicológico, y el resultado emocional que genera esta situación va a considerarse, sin ninguna duda, un factor de desequilibrio para la salud mental, tanto de las víctimas como de los que con ellas conviven.

La violencia doméstica está presente de forma alarmante en las sociedades contemporáneas¹⁷. El fenómeno es extremadamente complejo¹⁸, poseyendo dimensiones estructurales y funcionales.

La familia, institución fundamental en el proceso de socialización de las personas, con la misión de procurar un desarrollo óptimo de cada uno de sus miembros y su integración en la sociedad, se encuentra atravesando una etapa crítica¹⁹ en la historia de la humanidad. La violencia que se vive en los hogares ha obligado a muchos países a tomar medidas para su prevención y tratamiento, desarrollando programas de intervención para afrontar este problema, incluso teniendo en cuenta lo complicado que resulta abordar esta problemática, debido en parte a la dificultad para poder acceder a los agresores y sus víctimas, y a que la violencia doméstica ha sido un problema por entero inexplorado hasta hace unos años²⁰.

Niños, adolescentes, personas adultas y ancianos sufren violencia en algún momento de su ciclo vital²¹. Según la Asociación Médica Americana se estima que el 25% de las mujeres casadas residentes en los Estados Unidos, experimentan algún acto de violencia doméstica en su vida matrimonial. En el

¹⁶ Para Amorós Puente, C. la consideración de la violencia doméstica como un problema de índole social es consecuencia de las acciones del movimiento y pensamiento feminista, al calificarlo como las “ejemplificaciones de un tipo específico de violencia que tenía un carácter estructural”. AMORÓS PUENTE, C. *Conceptualizar es politizar*, en LAURENZO, MAQUEDA, RUBIO (Coords) *Género, Violencia y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 15.

¹⁷ Villacampa Estiarte realiza un estudio sobre las tesis que explican este fenómeno en VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Violencia de Género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. pp. 27-30.

¹⁸ Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington: OMS. 2002. URL: www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf (Consultado. 17-1-2013).

¹⁹ VILADRICH, P. J., *La agonía del matrimonio legal*. Pamplona: Eunsa. 2002. pp. 76 y ss.

²⁰ SANMARTIN ESPLUGES, J. (Coord.). *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos*. Barcelona: Ariel. 2004. pp. 77-87.

²¹ Cordera Campos y Lomeli Vanegas “La política social moderna: evolución y perspectivas. Resumen Ejecutivo y consideraciones finales”. CORDERA CAMPOS, R./LOMELI VANEGAS, R. *Sedesol. Cuadernos de desarrollo humano*, nº. 26. 2005. pp. 15-16.

Reino Unido, cada tres días muere una mujer, víctima de la violencia doméstica. En España, según se analizará posteriormente, la prensa revela que cada semana es asesinada una mujer a manos de su pareja o expareja.

2.2. Vertientes de la violencia doméstica.

La violencia en el ámbito familiar comprende:

La violencia física, considerada ésta como cualquier acción no accidental que provoque o pueda provocar daño físico, enfermedad o riesgo de padecerla. Para Grande Baos, consistiría en “todo acto no accidental que provoque o pueda provocar daño físico o enfermedad llevado a cabo por una persona a otra sobre su integridad física poniéndola en peligro”²².

La violencia psíquica, considerando como tal, los actos, conductas o incluso la exposición a determinadas situaciones que agreden o puedan agredir, alteren o puedan alterar el contexto afectivo necesario para el desarrollo psicológico normal, tales como rechazo, insultos, amenazas, humillaciones, o cualquier forma de aislamiento. Según Benítez Jiménez, en la mayoría de los casos el maltrato físico precede a un maltrato psicológico, el cual puede producirse de forma conjunta o bien con total independencia del primero. Alude a que en la agresión psicológica se merma el orgullo, la valía personal, la confianza, la lealtad y respecto de la víctima, alterando el estado de su salud mental²³.

La violencia sexual, por la que entenderemos toda actividad dirigida a la ejecución de actos sexuales en contra de la voluntad, dolorosos o humillantes o abusando del poder o autoridad, con engaño o por desconocimiento en el caso de los menores. Para Lorente Acosta y Lorente Acosta, este tipo de violencia abarca los dos tipos de agresiones características de las dos clases de violencia anteriormente analizadas, físicas y psicológicas; para ambas, la conducta que supone la violación es la máxima expresión de la agresividad en este sentido, tomando en consideración las graves lesiones físicas que generalmente supone, pudiendo derivar en caso extremos en el homicidio, pero principalmente las lesiones de tipo psicológico que pueden producir en la mujer, invadiendo una de las esferas más íntimas, cual es su sexualidad²⁴.

La violencia económica, consistente en la desigualdad en el acceso a los recursos económicos que deben ser compartidos, al derecho de propiedad²⁵, a la educación y a un puesto de trabajo, derechos todos ellos reconocidos en nuestro país en la vigente Constitución Española.

Existirá violencia económica cuando uno de los miembros de la familia emplee el poder económico para provocar daño a otro²⁶. En estos casos, el autor

²² GRANDE BAOS, J. Claves para la detección del maltrato y/o agresión sexual en mujeres. Recomendaciones para la detención. En MARTÍN ESPINO, J. D., (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar*. Madrid: Colex. 1999. p. 163.

²³ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*. Madrid: Edisofer. 2004. p. 38.

²⁴ LORENTE ACOSTA, M., y LORENTE ACOSTA, J. A., “Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso”. Granada: Comares. 1998. p. 125.

²⁵ En el sentido de derecho real sobre cosa propia, es decir, la directa relación entre el sujeto titular del dominio, y el objeto del que es propietario, y que el vigente CC recoge en el Art. 348: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

²⁶ Lo que para Brewster “disminuye la capacidad de la víctima de mantenerse a sí misma y la obliga a depender financieramente del perpetrador”, BREWSTER, M. P. Power and Control Dynamics in Pre-

tiende a monopolizar el poder económico, incluso aunque no sea el único que contribuya a la economía familiar, haciendo depender al resto de la familia de su voluntad y siendo quien conoce con exclusividad el verdadero estado patrimonial de la sociedad conyugal.

La explotación laboral y mendicidad²⁷, son situaciones en las que mediante abuso de poder o por fuerza y violencia, un miembro de la familia obliga a otro a la práctica continuada de trabajos o actividades que, o bien interfieren en su normal desarrollo, o bien exceden de los límites de lo considerado normal en función de la edad, sexo, formación, o que puedan ser considerados humillantes o antisociales.

3. MANIFESTACIONES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Entendiéndose por tal tipo de violencia: los malos tratos o agresiones físicas, los malos tratos psicológicos, emocionales o sexuales, el someter a la víctima a actos de intimidación o de deterioro paulatino de su autoestima, así como toda forma de ejercer poder y control infligidos por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables del núcleo familiar: niños, mujeres y ancianos. Ésta puede manifestarse por las siguientes vías:

3.1. Maltrato físico.

La violencia física puede definirse como todo acto que tiene la intención o se percibe con intención de causar dolor físico o de herir a otra persona con el objeto de doblegarla. Se refiere a cualquier lesión infligida (hematomas, quemaduras, fracturas, lesiones, intoxicación), que no es accidental y que provoca un daño físico o enfermedad en un niño o adulto. Puede ser el resultado de algún incidente aislado, o puede ser una situación crónica de abuso²⁸. El maltrato físico no se asocia a ningún grupo cultural o de clase concreto, por el contrario, se manifiesta en todas las clases sociales, religiones y culturas. En este apartado vamos a incluir todos los tipos de lesiones corporales infligidas de forma intencionada: golpes, quemaduras, agresiones con cualquier tipo de instrumento, armas, etc²⁹.

3.2. Maltrato emocional.

La violencia psicológica, conocida también como violencia emocional, no deja

stalking and Stalking Situations. *Journal of Family Violence* 18 (4). 2003. pp. 207–217.

²⁷ Bringiotti la define como “aquella en la que los padres o tutores asignan al niño con carácter obligatorio la realización continuada de trabajos -domésticos o ajenos al domicilio- que exceden los límites de lo habitual, y que van a interferir en las actividades y necesidades sociales y/o escolares del niño, en búsqueda de la obtención un beneficio económico para sí mismos o para la estructura familiar, sin que se trate de una situación aislada accidental motivada por una problemática específica familiar”, BRINGIOTTI, C. *Manual de Intervención en Maltrato Infantil*. Buenos Aires: Asapmi. 2002. p. 1.

²⁸ LORENTE ACOSTA, M. “La violencia es una situación mantenida, continuada y que necesita de las agresiones puntuales, pero también de las amenazas, de las coacciones, de las humillaciones, de las ridiculizaciones que va ejerciendo sistemáticamente para mantener ese control que él ha decidido establecer en la relación”, en *Comparecencia ante la comisión de trabajo y asuntos sociales*, del día 22-6-2004, en Diario de Sesiones del congreso de los Diputados, nº 67. 2004. p. 4.

²⁹ Benítez Jiménez recoge que “los malos tratos físicos llevan implícitos un maltrato psíquico, razón por la cual acuña el término malos tratos “psicofísicos” frente a los meramente psíquicos”. BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*. Madrid: Edisofer. 2004. p. 107

igualmente de ser considerada como una forma de maltrato³⁰, por lo que la incluimos como una categoría posible más dentro de la violencia doméstica. Generalmente se presenta bajo las formas de hostilidad verbal, si bien también aparece en la forma de constante bloqueo de las iniciativas y de la autorrealización personal, por parte de algún miembro de la familia. Su resultado es, incuestionadamente la provocación de graves trastornos psicológicos en la víctima que sufre dichas acciones³¹.

En este tipo de violencia se incluyen todas las situaciones que desembocan en insultos, burlas, desprecio, críticas o amenazas de abandono, humillaciones, desvalorizaciones, críticas exageradas-tanto en la intimidad como en públicas, lenguaje con tonos despectivos y humillantes, insultos, amenazas, culpabilizaciones, aislamiento social, control del dinero, o el ya visto de no permitir a algún miembro de la familia la toma de decisiones.

El grado de visibilidad del daño que deja este tipo de violencia es mínimo. Ataca el orgullo, la dignidad, el autoconcepto y es prácticamente imposible detectarla a simple vista. Pero los estragos que ocasiona en la autoestima e identidad personal son inmensos. El constante maltrato va minando la personalidad de la víctima que llega a creerse merecedora de los malos tratos³². La vulnerabilidad al maltrato emocional tiene sus raíces en las experiencias que tienen lugar en la niñez.

3.3. Violencia sexual.

Podríamos definir dicha forma específica de violencia como todo acto sexual no deseado, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona que presente algún tipo de relación familiar o asimilada con la víctima³³. La violencia sexual abarca el sexo bajo coacción de cualquier tipo incluyendo el uso de fuerza física, la tentativa de obtener sexo bajo coacción, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, la cohabitación forzada, el matrimonio de menores, la prostitución obligada, el aborto forzado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres tales como la mutilación genital femenina o los exámenes para comprobar la virginidad³⁴.

³⁰ Asensi Pérez acuña para ella el término “violencia invisible”. ASENSI PÉREZ, L. F. La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. nº 21. 2008. pp. 15-29.

URL:http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf (Consultado: 7-9-2013)

³¹ LIPSKY, S. / CAETANO, R. le asignan un impacto psicológico igual o mayor al provocado por las agresiones físicas. *Impact of intimate partner violence on unmet need for mental health care*. 2007. pp. 822 y ss.

URL:<http://ps.psychiatryonline.org/data/Journals/PSS/3806/07ps822.pdf> (Consultado: 7-9-2013).

³² García Díaz recoge que “casi la mitad de las mujeres se atribuyen a sí mismas la culpa de lo que les ocurre, pensando erróneamente, como consecuencia de un estereotipo social que quizá ellas *se lo han buscado*”. GARCÍA DÍAZ, N. Atención psicológica especializada desde las O.A.V. a adultos víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en *Ob. cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, C. (AA.VV). *Violencia doméstica. Aspectos Médico-Legales*. 2006. p. 116.

³³ JEWKES et al., Intimate partner violence: Causes and prevention. *Revista Lancet*. vol. 359. 2002. pp. 1423-1429.

³⁴ CAMPOS SANTAELICES, A., *Violencia Social*. Costa Rica: EUNED. 2010. p. 31.

Así, puede existir violencia sexual entre miembros de una misma familia y ésta puede tener lugar a lo largo de todo el ciclo vital, desde la infancia hasta la vejez, e incluir a mujeres y hombres, ambos como víctimas y agresores³⁵. Aunque afecta a ambos sexos, con más frecuencia es llevada a cabo por hombres e incluso niños, frente a niñas y mujeres.

No se conoce el alcance real de la violencia sexual, aunque los datos que se tuvieron en cuenta para realizar el *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*³⁶ sugieren que una de cada cinco mujeres puede sufrir violencia sexual por parte de su pareja de confianza a lo largo de su vida. En estudios de ámbito nacional sobre la violencia sexual, realizados en Canadá, Finlandia, Suiza, Gran Bretaña y los Estados Unidos, se observa que entre el 2 y el 13 por ciento de las mujeres denuncian haber sido víctimas de un intento de violación o de una violación consumada por parte de su pareja a lo largo de su vida. En estudios que se basan en grupos más pequeños de población, por ejemplo en Londres (Inglaterra), Guadalajara (México) y la provincia de Midlands (Zimbabue), se indica que las tasas son superiores, situándose en un 25 por ciento aproximadamente³⁷.

Para muchas mujeres, la violencia sexual comienza en la infancia y adolescencia y puede tener lugar en una gran variedad de contextos incluyendo el hogar, la escuela y la comunidad. Diversos estudios realizados en lugares tan alejados entre sí como Camerún, Perú, Nueva Zelanda, Sudáfrica o Tanzania muestran altas tasas de denuncias de iniciación sexual forzada. Diferentes estudios han revelado una oscilación entre el 7,4 y el 46 por ciento de mujeres adolescentes y entre el 3,6 y el 20 por ciento de hombres adolescentes que han denunciado haber sufrido coacción sexual por parte de miembros de su familia³⁸.

La violencia sexual tiene consecuencias significativas para la salud que pueden incluir tanto el síndrome de estrés postraumático, otras enfermedades mentales³⁹, embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, V.I.H., lesiones autoinflingidas e incluso el suicidio, y, en el caso de abuso sexual de menores, la adopción futura de conductas de alto riesgo, tales como la repetición de lo aprendido, el mantener al tiempo varias parejas sexuales o la caída en el consumo de drogas.

Existen muchos factores que aumentan el riesgo de que alguien sea coaccionado con fines sexuales o de que fuerce sexualmente a otra persona.

³⁵ BUENO BUENO, A. (Coord.). *Infancia y juventud en riesgo social. Programas de intervención, fundamentación y experiencias*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante. 2010. p. 516.

³⁶ El Informe mundial sobre la violencia y la salud constituye el primer estudio exhaustivo del problema de la violencia a escala mundial; *Ob. Cit.* 2003. XXIV PP. Código: PC 588. p. 374.

URL:<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/725/9275315884.pdf?sequence=1>(Consultado o: 14-12-2013).

³⁷ Violencia Sexual. BuenasTareas.com 05. 2011:

URL: <http://www.buenastareas.com/%2Fensayos%2FViolencia-Sexual%2F2056312.html>. (Consultado: 18-12-2013).

³⁸ *Cit.* Violencia Sexual. BuenasTareas.com 05, 2011:

URL: <http://www.buenastareas.com/%2Fensayos%2FViolencia-Sexual%2F2056312.html> (Consultado: 18-12-2013).

³⁹ Curiel Lopez de Arcaute recoge que “el 60% de las mujeres maltratadas tiene trastornos psicológicos moderados o graves”. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. M. Maltrato y suicidio. En *Ob. cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, C. y cols. *Violencia doméstica. Aspectos Médico-Legales*. 2006. p. 94.

Algunos de estos factores están relacionados con las actitudes, creencias y conductas de los individuos implicados, mientras que otros están muy arraigados en el entorno social, incluyendo las esferas de los iguales, la familia, la comunidad y la sociedad. Tales factores influyen no solamente en las probabilidades de sufrir violencia sexual, sino también en la reacción que se tenga ante ella.

Podrían presentarse como factores de riesgo para convertirse en víctima de la violencia sexual, la juventud, el consumo de alcohol o la dependencia a las drogas, el presentar problemas de salud mental o haber sufrido con anterioridad una violación o algún tipo de abuso, sexual⁴⁰. Y como factores personales propios del potencial agresor sexual en el seno familiar: la alcoholemia o la dependencia a sustancias tóxicas de cualquier tipo, las actitudes y las creencias desprovistas de escrúpulos ante la violencia sexual, presentar un comportamiento impulsivo o rasgos antisociales o el hecho de haber sufrido abusos sexuales en la infancia⁴¹.

3.4. Delitos de violencia doméstica recogidos en el Código Penal.

Una vez vista la dificultad sobre cuándo aplicar unos preceptos u otros, vamos a analizar cada uno de los delitos que puede incluirse dentro del ámbito doméstico y que se encuentran diferenciados en el vigente Código Penal⁴², estos van a ser las lesiones (ya sean constitutivas o no de delito), las amenazas y las coacciones. Ya hemos adelantado cómo la Ley Orgánica 1/2004 presenta la característica de elevar, en la mayoría de los casos, al grado de delito aquellas conductas que, en circunstancias normales, serían constitutivas de falta⁴³.

3.4.1. Delitos de lesiones.

3.4.1.1. Lesiones que no requieren tratamiento para su sanación.

El primer precepto a analizar es el Art. 153 CP. Según veremos más adelante este artículo ha sido modificado por la mayoría de las leyes posteriores a 1995 que han regulado la materia en estudio. Originalmente castigaba la violencia habitual en el ámbito doméstico, sin distinción entre violencia doméstica o de género, asignando a dicha conducta una pena de entre seis meses y un año de prisión,

⁴⁰ Vid. asimismo la Nota Descriptiva nº 239 elaborada por el Centro de Prensa de la OMS en noviembre de 2012, Violencia contra la mujer. Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer, donde se refleja que “Entre los factores de riesgo de ser víctima de la pareja o de violencia sexual figuran un bajo nivel de instrucción, el hecho de haber presenciado escenas de violencia entre los progenitores, la exposición a maltrato durante la infancia, y actitudes de aceptación de la violencia y las desigualdades de género.
URL:<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> (Consultado: 1-10-13).

⁴¹ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., Violencia sexual. Revista *Mente y Cerebro*. nº 28. 2008, pp. 68-73.

⁴² Otra relación que no compartimos, Queipo Burón: Homicidio: Arts: 138-142. Agresión sexual: Arts. 178-180. Abuso sexual: Arts. 181-183. Delito de lesiones: Arts.147-148. Inducción al suicidio: Art. 143. Aborto: Arts. 144,146. Lesiones al feto: Art. 158. Abandono: Arts. 226-229. Amenazas, coacciones, injurias, vejaciones injustas: Arts. 169-172. QUEIPO BURÓN, D. *Ob. Cit.* Aspectos médico-legales del maltrato. En *cit.* GARCÍA ÁLVAREZ (Coord) *Violencia doméstica, aspectos Médico-Legales*. 2006. pp. 59 y ss

⁴³ FARALDA CABANA, P. Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género, en MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. pp. 741 y ss.

más la pena que correspondiere por la específica lesión.

En estos términos, este artículo se mantiene –según veremos– hasta la Ley Orgánica 11/2003, la cual traslada el concepto de la habitualidad al artículo en el que se encuentra actualmente, esto es, el 173.2, para que el artículo 153 recogiese que las lesiones no constitutivas de delito dentro del ámbito familiar, así como las amenazas de modo leve con armas o instrumentos peligrosos, serán constitutivas de delito⁴⁴, reservando una pena –entre otras accesorias–, de tres meses a un año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. Apreciamos que aquí no existe ninguna diferencia punitiva por razón del sexo.

El cambio más importante en el aspecto que estudiamos es el producido por la Ley Orgánica 1/2004, según analizaré posteriormente, el cual ya distingue la violencia doméstica –la establecida en el Art. 153.2 CP, manteniendo la misma pena que la establecida por la ley anterior–, y la violencia de género, que es la recogida en el primer apartado, el cual eleva la pena mínima hasta los seis meses, manteniendo el resto de penas en idéntica cuantía a la anteriormente recogida. Veremos que este primer número del artículo se aplica, no solo cuando la víctima sea cónyuge femenino del agresor varón, sino también cuando la víctima conviva con el autor y se trate de persona especialmente vulnerable, sin distinción de sexo⁴⁵.

3.4.1.2. Lesiones que requieren tratamiento objetivo para su sanación.

Otro artículo que distingue según autor y víctima en materia de lesiones, es el Art. 148 CP, dentro del Título III. Se trata de un tipo agravado del delito de lesiones según aparece recogido en el Art. 147 CP. Se redactó con tres supuestos⁴⁶ que eran considerados demasiado graves como para que se aplicara una pena mínima de dos años y una máxima de cinco, de prisión; dichos supuestos consisten en que se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, que hubiere mediado ensañamiento (lo cual impediría apreciar el agravante del Art. 22.5 CP; es decir, aumentar de manera deliberada el sufrimiento de la víctima, cuando dicho sufrimiento se considere innecesario)⁴⁷, o

⁴⁴ Hecho que suscitó reservas por la mayoría de la dogmática penal, habida cuenta de que la obediencia de los juzgadores a la ley penal no sólo les eximía sino que les prohibía hacer cualquier juicio acerca de la consideración que pudiera merecer esta decisión del legislativo y que en su momento, se referían a las deseables exigencias de proporcionalidad, situación que quedó zanjada por el Tribunal Constitucional (ATC 233/2004 y 332/2005), al desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad.

⁴⁵ En este sentido *vid.* SAP Barcelona 11888/2007, de 19 de noviembre; si bien en sentido contrario: SAP Alicante 172/2007, de 21 de marzo.

⁴⁶ Sobre ello, Queralt Jiménez sostiene que “En la nueva configuración de los delitos de lesiones, el legislador ha optado por una escala diversa a la anterior, pero sigue sin poderse despegar de la casuística. De este modo, sobre las lesiones graves -y sólo sobre ellas- se construye una nueva planta con nuevas conductas. Común -y, como veremos, problemático- a las manifestaciones típicas es el peligro concreto para la indemnidad de la víctima”. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 6ª ed. Barcelona: Bosch. 2010. p. 119.

⁴⁷ Análisis de esta agravante, que puede ser genérica (art. 22.5 CP) o específica del asesinato (Art. 139 CP), en STS 589/2004, de 6 de mayo, que reserva la aplicación de esta agravante para aquellas situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera “...saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento”; ídem, en STS 1232/2006, de 5 de diciembre, en la que se recoge que la agravante de ensañamiento “exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos”.

teniendo en cuenta las características personales de la víctima porque se aplicase cuando ésta fuere menor de doce años o incapaz, entendiéndose por incapaz a la persona que, como consecuencia de una enfermedad permanente, tenga limitada su capacidad de gestión sobre sí misma o sobre sus bienes, tal y como recoge el Art. 25 CP.

Como en el caso anterior, este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2004, que añade dos supuestos no recogidos originariamente: el ser o haber sido cónyuge o mantener o haber mantenido una relación de análoga afectividad, aún sin convivencia, y el segundo, el que la víctima conviva con el autor, y sea, además, especialmente vulnerable⁴⁸. Apreciamos que el Art. 153 establece esas dos circunstancias en el mismo apartado, mientras que en el que aquí estudiamos, concede un apartado a cada una. Esa separación se ha realizado, posiblemente, para que, en caso de que se presenten las dos circunstancias en un mismo caso, y no pueda interpretarse de tal forma que se aplique la pena mínima, se incremente la pena de manera lógica, siempre teniendo en cuenta la lesión producida. Es decir, vemos aquí así una diferencia en el trato de este tipo agravado, en comparación con el delito de homicidio respecto al asesinato; dado que en el asesinato existen dos tipos agravados, según concurren una o dos circunstancias de las establecidas en el Art. 139 (Art. 140), ocurre que, respecto de las lesiones, sin embargo, no hay ningún artículo que aclare el castigo para el caso en el que concorra más de una causa de agravación, por lo que será el juez el que deba imponer la pena a la vista de cada caso concreto.

Ello demuestra que para el legislador, tiene más posibilidades de defensa un chico de 12 años cumplidos, no desarrollado físicamente, que la cónyuge del autor de los malos tratos, aunque los daños producidos en el menor puedan ser posiblemente de carácter más grave que los que sufra la mujer.

3.4.1.3. Daño causado.

Vamos a analizar a continuación estos tres artículos en lo referente al daño efectivamente causado.

El Art. 153 CP en su apartado cuarto, y el Art. 147, apartado segundo, permiten que la pena sea la inferior en grado, dependiendo de las circunstancias propias del autor, del hecho, o en función de las lesiones producidas⁴⁹. En el Art. 148 CP no se recoge la posibilidad de reducción de la pena por circunstancia alguna, sino que la pena mínima, siempre y cuando no concurren en el caso ninguna atenuante o eximente que haga imponer la pena inferior en grado, será de dos años. Dicho extremo debe tenerse especialmente en cuenta, puesto que, en muy pocas ocasiones se podrá obtener la suspensión de la pena recogida en el Art. 80 CP, que no permite suspender las penas que superen los dos años, sin perjuicio de entrar en el resto de los requisitos propios de este artículo, según se recoge en el Art. 81 CP, habida cuenta de que en este tipo de actividad delictiva es habitual que se produzca reiteración, incumpléndose por ello igualmente lo recogido en su número primero “que el condenado haya delinquirido por primera

⁴⁸ Sobre este concepto, la STC 45/2010, de 28 de julio, recoge que “La expresión *personas especialmente vulnerables* infringe el principio de *lex certa*. Además, no se concreta claramente el mínimo de la pena de inhabilitación de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento”.

⁴⁹ Circunstancias que Polaino Navarrete asocia a una “menor reprochabilidad de la conducta”. POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos. 2010. p. 114.

vez”.

Dicha situación se considera relevante, ya que, en el supuesto de que se requiera tratamiento, los meros puntos quirúrgicos de aproximación de una herida harán que el autor acabe en prisión, mientras que, por otro ejemplo, romperle un diente a una persona, aún cuando sea de la propia familia, pero no protegida por el Art. 148, será castigado únicamente por la aplicación del Art. 147 CP⁵⁰, por lo que es más fácil que, no sólo se pueda suspender la pena, sino que, incluso, se sustituya por multa por la *ratio* de un día de prisión, igual a dos días de multa.

La posibilidad de suspensión recogida en el Art. 80 y ss CP debe ser tenida en cuenta en los llamados juicios rápidos para el enjuiciamiento de determinados delitos, regulados en la Ley 38/2002, (de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado), y la Ley Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, a los efectos de ser posible o no el llegarse a acuerdo de Sala. En caso de que se juzgue por este tipo de juicio, hay que contar con la rebaja de un tercio recogida en la normativa procesal, por lo que puede resultar menos onerosa una pena de 2 años y 11 meses aceptada por la vía de la conformidad del reo, que conseguir en los Juzgados una condena de 2-3-0, ya que en el primer caso se puede suspender la pena, por la vía del Art. 81 CP visto, al aplicarse el “beneficio del tercio”⁵¹ recogido en dicha Ley, mientras que el segundo caso, no se admitiría tal posibilidad.

3.4.2. Delito de amenazas.

Tras el análisis de las lesiones, vamos a entrar en el estudio del tipo delictivo de las amenazas referido a las modalidades en estudio⁵². Dicha conducta delictiva, junto con la de las coacciones se encuadra dentro de los delitos contra la libertad.

El primero de los tipos aparece recogido en el Art. 171, en sus apartados cuarto y quinto, en ellos se señalan las penas que se asignan a los que de modo leve amenacen a aquel que sea o haya sido su cónyuge o cualquiera de las otras personas que recoge el 173.2. En este caso, como en los ya vistos, el primero de los apartados se refiere a violencia de género (“...quien sea o haya sido su

⁵⁰ En sentido contrario, Jaén Vallejo elabora un estudio para la aplicación del Art. 150 CP para la pérdida de dientes (“La aplicación de la deformidad Art. 150 CP a la pérdida de dientes. Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2002”), si bien luego recoge que “El tipo penal aplicable, pues, cuando se excluya el del Art. 150, no podrá ser otro sino el del Art. 147. Ello es así porque la lesión de pérdida de dientes requiere “objetivamente para su sanidad”, un tratamiento quirúrgico, pues el implante de la prótesis dentaria necesita del empleo de medios quirúrgicos”. JAÉN VALLEJO, M. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 04-07. 2002. p. 3.

URL:http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc_04-j07.pdf (Consultado: 21-2-2014).

⁵¹ Como explica Vegas Torres “la modalidad de conformidad premiada solo sería posible en los juicios rápidos (Diligencias Urgentes), y para ello habría que atender al ámbito de estos, en el Art. 795 de la LECrim”. VEGAS TORRES, J. *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*. Madrid: Marcial Pons. 2003. pp. 185-196.

⁵² Tipo, dentro de esta modalidad delictiva integrante del subgénero de *violencia psicológica*, y que con Benítez Ortúzar coincidimos en que “abarcaría todas las tipologías de conductas violentas no abarcables por el concepto de violencia física, es decir, todas las conductas que no impliquen un contacto corporal directo sobre la víctima”. BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica. En MORILLAS CUEVA, L. (Coord) *Estudios Penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa. 2002. p. 192.

esposa...”), y el segundo trata de los casos de violencia doméstica, entendiéndose por tal las agresiones al resto de personas que con el autor convivan. Si no se hubiesen incluido estas modificaciones, todas las amenazas leves que se hicieran en el ámbito familiar se considerarían falta⁵³, hasta que se entendieran como conducta habitual en el sentido del Art. 153 anterior. Tendríamos entonces delante un delito al que se apreciaría habitualidad y una falta del Art. 620, no siendo necesario que se hubiera condenado previamente por esta falta, sino, solamente, que quede acreditada la existencia de hechos recogidos dentro de alguna conducta tipificada, sin tener porqué tratarse del mismo hecho, ni haberse cometido sobre la misma persona. Esta situación hacía que la víctima se viese compelida a sufrir varias agresiones para poder pensarse el hecho como delito⁵⁴, con los perjuicios que ello conlleva (por ejemplo, exigencia de presentación de antecedentes penales).

Actualmente, la primera amenaza leve entraña ya la comisión de un delito, con lo que las consecuencias punitivas del hecho serán más graves, ya que, no solamente genera antecedentes penales al autor condenado por este delito, sino que podrá implicar penas de prisión, por lo que la segunda condena haría que su autor entrara en prisión al no ampararle ya los requisitos del Art. 81 CP.

La pena impuesta es la misma que la establecida en el Art. 153.1 CP para las lesiones no constitutivas de delito. La única diferencia que existe, estriba en la redacción. En efecto, en las lesiones no constitutivas de delito se incluye, en el mismo párrafo donde se trata la violencia de género, aquellos casos en que la víctima es persona especialmente vulnerable, mientras que en las amenazas se refiere a este tipo de víctima, si bien dentro del mismo apartado, en un párrafo separado (el último del número 4), parecido a lo descrito en las lesiones constitutivas de delito.

La mención que se hace a la circunstancia de realizarse el hecho en el domicilio, exige una matización, habida cuenta de que posee el carácter de agravación del hecho; como ocurre en casi todos estos delitos que estamos tratando, si se realiza el hecho castigado en presencia de menores, domicilio de la víctima o quebrantando una medida impuesta, se aplicará la pena en su mitad superior⁵⁵. Observamos que, tanto en este delito de amenazas, como en el Art. 153, se recoge que la pena se aplicará en la mitad superior a la señalada cuando se perpetre en el domicilio común. Quizá no hubiera hecho falta dicho extremo recogido por el Código, puesto que si se trata del domicilio de la víctima, es indiferente el hecho de que ahí resida o no el autor, ya que tendrá la misma agravante. Además, para el supuesto de persona especialmente vulnerable, si es necesario que ésta conviva con el autor. Siempre que se aplique en este supuesto el subtipo agravado, se entenderá como domicilio, el de la víctima o el común

⁵³ La diferencia entre el delito y la falta de amenazas ha de resolverse atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor credibilidad y seriedad del anuncio del mismo por parte del receptor (SSTS 364/2002, de 13 de febrero; 110/2000, de 12 de junio; y 832/1998 de 17 de junio). Las referencias a sentencias están tomadas de *cit.* ÁLVAREZ GARCÍA (AA.VV.). 2003. pp. 223 y ss.

⁵⁴ GARCÍA ARANDA, A. y CARRASCO GALÁN, M. J., *Violencia y género*. En ARANDA, E. *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*. Madrid: Dikynson. 2005. p. 56.

⁵⁵ Avilés Gómez considera que la aplicación de la pena en su mitad superior implica que ésta “se impondrá en un 50% superior”. AVILÉS GÓMEZ, M. (Coord.) *Delitos y delinquentes. Cómo son, cómo actúan*. Alicante: Ed. Club Universitario. 2010. p. 368.

con el autor, ya que es el tipo el que exige dicha convivencia, y por ello, con haberse recogido que se agravará la pena cuando se produzca en el domicilio⁵⁶ de la víctima habría sido suficiente.

Sobre qué debe entenderse por domicilio de la víctima debemos estar de acuerdo en que, para que el sujeto pasivo goce de la máxima protección debe ser el domicilio en el que resida en el momento de producirse la agresión⁵⁷. Lo principal, para saber si es domicilio o no, es la concepción en la víctima de si se encuentra o no en su propio hogar, dado que es el lugar en el que las personas consideramos que, permaneciendo en su interior nos sentimos más seguras y protegidas, teniendo allí lugar nuestra propia intimidad y la consideración de su inviolabilidad.

3.4.3. Delito de coacciones.

El último de los delitos es el que aparece recogido en el Art. 172 CP, que tipifica el delito de coacciones, a saber, impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerle a efectuar lo que no quiere. En este tipo delictivo existe una capital diferencia entre el caso en el que la acción sea realizada por el marido sobre la mujer, que si ocurre al contrario. En este último supuesto la diferencia no radica, como en los casos anteriores, en que la pena mínima es inferior si el sujeto activo es mujer y la víctima hombre en un apartado distinto dentro del mismo artículo, sino que, en este caso debemos acudir al Art. 620 CP, cuya pena a imponer es multa de 10 a 20 días, mientras que si la víctima es de especial protección, el tratamiento punitivo es el mismo que el recogido en el Art. 153.1 CP.

3.4.3.1. Aspectos discriminatorios de la figura.

Esta figura penal podría ser considerada como la más discriminatoria⁵⁸, puesto

⁵⁶ La STS 1594/2005, de 23 de diciembre, a estos efectos, se refiere a domicilio como “el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental o lo que es lo mismo, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive esa persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc..., comprendidas las habitaciones de un hotel en las que se viva”.

⁵⁷ Lo cual a la postre posee un sentido procesal importante, ya que como recoge Luaces Gutiérrez, una vez producido el hecho violento, “los posteriores cambios de domicilio de la víctima serán irrelevantes, desplegando todos sus efectos el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, conforme al cual, la situación fáctica y jurídica que sirvió de base para fijar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional se considera determinante del fuero durante todo el proceso, aún cuando cambien las circunstancias que determinaron en un principio la competencia, como sería el domicilio de la víctima. LUACES GUTIERREZ, A. I. Cuestiones controvertidas de torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia Contra la Mujer. En DE HOYOS SANCHO, M. (Dir). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Valladolid: Lex Nova. 2009. p. 383. No obstante, en las jornadas celebradas en Madrid el 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre los Juzgados de Violencia Contra la Mujer, para magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en esta materia, se llegó a la conclusión de que por el contrario, debe entenderse, según el espíritu que informa la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que “el domicilio que determinará la competencia será aquel que tuviese la mujer en el momento de presentar la denuncia, con independencia de si dicho domicilio coincide o no con el que tenía en el momento de producirse los hechos”.

⁵⁸ Recoge Álvarez Álvarez que “los casos en los que la violencia los ejerza una mujer sobre un hombre, quedan fuera del ámbito de la protección de la regulación de la violencia de género, debiendo acudirse en estos casos a la regulación general u ordinaria penal. Así, es claro que el legislador sólo considera víctima de la violencia a la mujer, aunque el hombre sea víctima de una situación de violencia, debiéndose aplicar en este último caso las normas generales que se utilizan para cualquier persona que se encuentra ante

que las consecuencias jurídicas que se derivan de que un hecho sea considerado delito o falta no pueden ser comparables. No hablamos sólo de la pena privativa de libertad –aunque se aprecia que si lo cometido es delito, y no es posible suspender o sustituir la pena, como ya hemos visto, el autor ingresará en prisión, mientras que para la falta, la pena no es privativa de libertad, sino una simple multa–, sino que nos referimos a las consecuencias que existen una vez cumplida la pena, es decir, a los antecedentes penales. Si se trata de falta, una vez satisfecha la cantidad económica establecida como multa, no queda vestigio de haberse sufrido una sentencia condenatoria, pero, si el hecho fue delito, cuando se cumpla la pena sigue existiendo un resto en el Registro Central de Penados y Rebeldes perteneciente al Ministerio de Justicia, hasta que no sean cancelados o sean susceptibles de cancelación.

Con ello, podríamos encontrarnos con la paradoja de que, una conducta que sería considerada como coacción leve –a modo de ejemplo, la consistente en modificar la cerradura del domicilio impidiendo la entrada del que legítimamente tiene derecho a entrar–, si es el marido el que la realizara, sería calificado como delito, mientras que si quien lo realiza fuese la esposa, se trataría de una mera falta.

Ahora bien, como en todos los demás supuestos, se recoge la posibilidad de la comisión del hecho punible frente a víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor. En este sentido, ¿qué ha de entenderse por especial vulnerabilidad? ¿Ésta deberá entenderse como una situación de estado especial en la víctima, de la que se aprovecha el agresor para realizar sus propósitos, en conciencia de que ese estado aminora de manera importante, sus posibilidades de defensa? Este aspecto no es en absoluto trivial, dado que es una de las alegaciones tenidas en consideración por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias⁵⁹ para decretar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, como veremos posteriormente. Con esta figura cabría sancionar a la mujer por agresiones al marido, siempre que éste sea especialmente vulnerable, en los casos, por ejemplo, en que se encuentre enfermo o inválido. Así, tras estar de acuerdo en ese motivo, si el autor es mujer y la víctima hombre, va a entenderse que no se vulnera el Art. 14 CE.

No existen en el vigente Código penal más delitos cuya pena se encuentre diferenciada en virtud del sujeto activo y pasivo en materia de violencia de género, por lo que los delitos contra la vida, la libertad e indemnidad sexual, contra la libertad ambulatoria, contra el honor, contra la integridad moral, tienen para ambos casos la misma pena, si bien existe sin embargo una única diferencia, y es en materia competencial a la hora del órgano encargado de la instrucción del procedimiento y de los juicios de faltas, ya que serán competentes, para el caso de víctima femenina los denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados asimismo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, según veremos, como último paso de un camino con inicio reciente, más si tenemos en cuenta que hace escasamente unos años que en España el denominado maltrato

estas situaciones de violencia”. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. La víctima de la violencia de género y la atribución de la violencia familiar. En *Ob. Cit.* DE HOYOS SANCHO, M. (Dir). *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. 2009. p. 264.

⁵⁹ STC 59/2008, de 14 de mayo, (FJ 4).

doméstico cobró naturaleza de problema social⁶⁰, dando lugar a una nueva diferenciación procesal.

3.5. Maltrato infantil y de ancianos.

Sobre el maltrato infantil hace ya un tiempo del que existe consciencia suficiente para que se haya traducido en normativas⁶¹ para que en los centros sanitarios se actúe consecuentemente. Sin embargo, únicamente entre los profesionales se hablaba de los malos tratos a las personas ancianas⁶², aunque actualmente los medios de comunicación comienzan también a hacerse eco, habiéndose conseguido así reformas legislativas al efecto.

Sin embargo, el problema de la violencia familiar se trata en otras sociedades desde tiempos pretéritos⁶³. La consideración del abuso y maltrato de las personas ancianas por parte de sus familiares como un problema social es el último caso en entrar en la categoría de los delitos que entrañan la violencia familiar; es en los Estados Unidos donde surge por primera vez una percepción social y política sobre este problema⁶⁴.

El hecho de la violencia cometida en el hogar aparece históricamente denunciada en primer lugar, bajo la forma del maltrato infantil⁶⁵. Es en los años sesenta del siglo XX cuando comienza a investigarse y a concienciarse la sociedad sobre dicho problema. La violencia entre cónyuges se hace visible socialmente durante los años setenta, y en los años ochenta se acuña el término *violencia doméstica*, con el que se intenta transmitir la idea efectiva de que existe una violencia dentro del hogar, y que ésta es generalmente perpetrada por los

⁶⁰ CORSI, J. *La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo*. Madrid: Ed. Fundación mujeres. 1999. pp. 7 y ss. ARAUJO, K., GUZMÁN, V. y MAURO, A., llegan a considerarlo un “problema público que se incorpora a la agenda institucional del Ejecutivo y del Legislativo”. El surgimiento de la violencia doméstica como problema público y objeto de políticas”. *Revista de la Cepal*, nº 70. Santiago de Chile. 2000. p. 133.

⁶¹ En la normativa propia de varios estados de los Estados Unidos (v.g., Arkansas, Colorado, Minnesota, Michigan, Mississippi, Montana y Rhode Island) se contempla una acción civil contra el médico u hospital que, a sabiendas, no ha denunciado el maltrato de un niño. En este sentido, la Suprema Corte de California en el caso “Landeros versus Flood” (1976) dictaminó que un médico podrá ser demandado por mala práctica si no diagnostica el síndrome del niño maltratado y no efectúa posteriormente la correspondiente denuncia.

URL: <http://virtualmentor.ama-assn.org/2007/12/hlaw1-0712.html> (Consultado: 13-9-2013).

⁶² Martínez León cita que “las primeras publicaciones acerca de los abusos en los ancianos aparecieron en la literatura médica hace unos 20 años, y no porque no existieran, sino porque siempre había sido un problema oculto”, en *Aspectos médico legales del abuso y maltrato institucional de las personas mayores*. Ob. cit. GARCÍA ÁLVAREZ, C. (Coord.) *Violencia doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 31.

⁶³ Curiel López de Arcaute cita que “en 1997, el Parlamento Europeo pide una campaña de Tolerancia cero contra la violencia a la mujer”. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. M. El maltrato doméstico en la Unión Europea. En *Ob. Cit. Violencia doméstica. Aspectos médico-legales*. p. 108.

⁶⁴ BENNET, G., KINGSTON, P. y PENHALE, B. *The dimensions of elder abuse: perspectives for practitioners*. Londres: Mcmillan. 1997. pp. 78.

⁶⁵ Sánchez-Bayón afirma que “La protección jurídica de la infancia es un buen ejemplo del desajuste que puede percibirse entre la regulación que establecen los Ordenamientos jurídicos y la auténtica situación de los niños. (...) Sin embargo, con el tiempo –y sobre todo, debido a situaciones que escandalizaran a la opinión pública- una vez que la mirada adulta tomara conciencia de la realidad infantil, se produjo una polarización tan radical, que se procedió a dictar una normativa de corte moralista y paternalista, nuevamente alejada de la realidad de los niños”. SÁNCHEZ-BAYÓN, A. *Delito e infancia hoy. Análisis desde la Criminología y la Psicología Jurídica*.

URL: www.derechoycambiosocial.com ISSN: 2224-4131. Dep. legal 2005.5822, de 1-7-13. (Consultado: 3-2-2013).

varones contra las mujeres y los niños⁶⁶.

El maltrato a los miembros de más edad del seno familiar fue igualmente detectado desde mediados de los setenta, pero no es sino en los años ochenta en los Estados Unidos, cuando se institucionaliza el término de *elder abuse*⁶⁷ (abuso a los ancianos), el cual presenta, además de las vistas, una específica faceta de índole económica. Es la última añadidura a la violencia familiar, si bien en muchos países resulta ser aún un problema socialmente oculto.

3.6. Diferencias entre los distintos tipos de maltrato integrantes de la violencia doméstica.

Llegados a este punto, veremos que las diversas formas de violencia familiar más comúnmente analizadas –hacia la mujer, el maltrato infantil y el maltrato a las personas ancianas–⁶⁸, poseen por igual diferencias, como puntos en común. En los tradicionales análisis de la violencia perpetrada contra las personas ancianas⁶⁹, a ésta se la suele comparar con la ejercida contra los niños y, algo menos, con la ejecutada contra las mujeres en el seno familiar. Así, el maltrato infantil y el de las personas ancianas posee ciertos parecidos, pues, en ambos casos, suele darse la dependencia de la víctima en la persona que supuestamente la cuida.

Existen otros aspectos que parecen también equipararse entre ambos tipos de maltrato, como puede ser la transmisión generacional de la violencia⁷⁰, el uso cada vez más habitual de la misma como recurso para controlar la conducta tanto de los niños como de los ancianos, que las víctimas son sobre todo del género femenino (menores y ancianas)⁷¹ y, por último, que ambos tipos de conductas violentas se ejercen en una sociedad que por norma se resiste a admitir la existencia de la violencia familiar.

⁶⁶ Morillas Cuevas, L. recoge que “una de las evoluciones más interesantes e intensas dentro de la moderna legislación penal española se ha producido en relación a la violencia doméstica versus violencia de género”. MORILLAS CUEVA, L. Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral. En JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord). *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dikynson. 2009. p. 19.

⁶⁷ En 1981, la *U.S. Select Committee on Aging* estimó que el 10% de su población anciana había sido víctima de distintos tipos de maltrato. Desde 1986 hasta 1994 hubo un marcado incremento –alrededor de un 106%–, en las denuncias de casos de violencia doméstica en ancianos a lo largo de los EEUU (National Center of Elder Abuse, 1995.) Un 21.6 % de estas denuncias llegaron a través de los médicos y otros profesionales de la salud.
URL:https://www.govtrack.us/congress/bills/subjects/senate_special_committee_on_aging/6764?congress=113 (Consultado: 6-9-2013).

⁶⁸ Ésta se considera la división más admitida, BENNET, G., KINGTON, P. y B. PENHALE, *The Dimensions of elder Abuse: Perspectives for Practitioners*. 1997. p. 6.

⁶⁹ MARTÍNEZ MAROTO, M. A. Temas jurídicos y enfermedad de Alzheimer y otras demencias. *AFAL*. (Asociación de familiares de enfermos de Alzheimer). Madrid. 2002.

⁷⁰ Una revisión de las investigaciones de la Academia de la Ciencia de los Estados Unidos, afirma que “la tercera parte de los niños que sufrieron abusos o se vieron expuestos a la violencia paterna, se convierten en adultos violentos”. García-Moreno, C. Violencia contra la mujer. Género y equidad en la salud. Organización Panamericana de la Salud y Harvard Center for Population and Development Studies. 2000.
URL:<http://www.paho.org/spanish/DPM/GPP/GH/moreno.pdf> (Consultado: 20-9-2013).

⁷¹ La Nota descriptiva N.º 239, de noviembre de 2012, del Centro de Prensa de la OMS, que lleva por título “Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer”, recoge en el punto 2º que “(...) en un estudio multipaís de la OMS, el 15%-71% de las mujeres de 15 a 49 años refirieron haber sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida”.

URL:<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> (Consultado: 23-12-2013).

No obstante, existen diferencias que se derivan de las diversas situaciones en que viven niños y ancianos, ya que la violencia ejercida tiene lugar tanto a nivel social como individual⁷². Acontece que, mientras culturalmente puede ser admitido el castigo físico como una forma de educación para los niños⁷³, éste no es admitido bajo ningún concepto para las personas ancianas⁷⁴.

Socialmente, los niños suelen ser considerados seres necesitados de protección, mientras que las personas mayores acaban, en numerosas ocasiones, siendo vistas incluso como algo que estorba en el entorno familiar⁷⁵, por lo que el maltrato infantil resulta en ocasiones, socialmente menos tolerable⁷⁶. En el ámbito de la esfera normativa, se tienen nociones sociales inequívocas de lo que significa ser un buen progenitor, pero no queda sin embargo tan claro qué es o cómo se debe cuidar bien a un anciano. De cara a la intervención social, por otra parte, a las personas ancianas se las considera lógicamente adultas, capaces de aceptar o rechazar un servicio social o de salud, mientras que la actuación con los niños tendrá siempre tintes más paternalistas.

Así, si bien ha sido habitual hacer similitudes entre la violencia sobre los niños y contra la mujer en sede familiar, la violencia contra las personas de la tercera edad no se ha comparado tanto con la violencia contra la mujer, aunque ésta última se encuentre muy extendida y además, se dé el caso de que muchas veces continúa por el resto de la vida hasta la propia muerte de la víctima⁷⁷. En otras ocasiones, los cambios bruscos en la salud u otras condiciones pueden volver una relación otrora normalizada, en abusiva⁷⁸; por ello, los cambios en las

⁷² A criterio de García-Mina Freire ambos colectivos, junto con los incapaces, integran el extremo recogido por el Código Penal relativo a las "víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor". GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord). *Violencia contra las mujeres en la pareja*. Madrid: Publicaciones de la Universidad P. Comillas. 2010. p. 122.

⁷³ En un artículo de 16 de mayo de 2007, publicado en el The New Zealand Herald, titulado "Anti-smacking bill becomes law", se recoge que "Mientras que el castigo físico sigue siendo aceptado en el 87% del mundo, es ilegal en algunos otros. La práctica ha sido prohibida en Austria, Alemania, Croacia, Bulgaria, Dinamarca, Chipre, España, Finlandia, Hungría, Grecia, Israel, Islandia, Letonia, Italia, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumanía Ucrania, Suecia Costa Rica, Chile, Venezuela y Uruguay".

URL:<http://www.nzherald.co.nz/> (Consultado: 13-9-2014).

⁷⁴ MARTÍNEZ DE LEÓN, M. refiere cómo se considera "clave para luchar contra este tipo de violencia la concienciación social, (...) debiendo ser perseguible y punible en forma de delito específico", en *Ob. Cit. Aspectos médico legales del abuso y maltrato institucional de las personas mayores*. 2006. p. 33.

⁷⁵ RODRIGUEZ MIRANDA, E., OLIVERA ÁLVAREZ, A., GARRIDO GARCÍA, R., GARCÍA ROQUE, R. Maltrato a los Ancianos. *Revista de Saude Pública*. vol. 41. nº 1-3. Facultad de Salud Pública. Sao Paulo. (Brasil). 2002. pp. 144-153.

⁷⁶ CAMPBELL, J. JONES, A., DIENERMANN, J. recogen que "la violencia doméstica conlleva graves riesgos para la salud física y mental de las víctimas, sobre todo de los hijos". Intimate partner violence and physical health consequences. *Arch Intern Med*. nº 162. Bockenstedt P. D-dimer in venous thromboembolism (Editorial). 2002. pp. 1.157-1.163.

⁷⁷ La misma autora refiere que "No siempre se llega en buenas condiciones a determinadas edades, ni se puede prestar de igual forma a la sociedad determinados servicios. Es habitual que los papeles se inviertan en determinado momento y sean las personas mayores quienes necesitan de especiales cuidados". BERROCAL LANZAROT, A. I. Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. vol. 9. 2008. p. 21.

⁷⁸ Verdugo Alonso y Gutiérrez Bermejo sostienen que "las personas con discapacidad intelectual presentan una mayor vulnerabilidad y con frecuencia son víctimas de abusos y maltrato. Desde la antigüedad, las personas con retraso mental han constituido un blanco específico para las prácticas de malos tratos, siendo el ejemplo más extremo el infanticidio sobre los prematuros, débiles, deformes o retrasados que practicaban algunas culturas de la antigüedad, como China, Roma, Grecia o India. VERDUGO ALONSO, M. A. /GUTIÉRREZ BERMEJO, B., Qué se sabe del maltrato en la población

expectativas, la disminución de la capacidad funcional o el desconocimiento de los efectos de ciertas enfermedades en la conducta, puede derivar en cuadros de maltrato.

Llegados a este punto podíamos elaborar el siguiente cuadro a modo de síntesis de las posibles formas de manifestarse la violencia en el ámbito doméstico:

VIOLENCIA DOMÉSTICA	MALTRATO INFANTIL	FORMAS ACTIVAS	Abuso físico
			Abuso emocional
			Abuso sexual
		FORMAS PASIVAS	Abandono físico o emocional
			Contemplación del maltrato.
	VIOLENCIA CONYUGAL	VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (VIOLENCIA DE GÉNERO).	Abuso físico
			Abuso emocional
			Abuso sexual
			Otras formas de abuso (económico.)
		VIOLENCIA CRUZADA ENTRE AMBOS CONVIVIENTES	Abuso físico
			Abuso emocional
			Abuso sexual
			Otras formas de abuso (económico).
		MALTRATO HACIA EL HOMBRE	Abuso físico
			Abuso emocional
Abuso sexual			
Otras formas de abuso (económico.).			
MALTRATO A ANCIANOS	FORMAS ACTIVAS	Maltrato físico	
		Maltrato emocional	
		Abuso económico	
	FORMAS PASIVAS	Abandono físico	
		Abandono emocional	

4. DIFERENCIACIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tras esta definición de la problemática propia del concepto de violencia doméstica, se impone una separación de esta figura con la próxima de *violencia de género*, las cuales habitualmente se confunden⁷⁹, si bien difieren en una serie de características propias, según se desprende de su actual regulación penal.

4.1. Desgaje de la violencia de género a partir de la violencia doméstica.

Se tiene por la mayoría de los juristas como indubitado que el término violencia de género⁸⁰ ha nacido a partir del más genérico de violencia doméstica en una suerte de especialización de una conducta⁸¹ en un principio en él englobada. La acuñación legal de la expresión violencia de género se constata que nace con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ley que será posteriormente analizada.

Así, la protección específica a las mujeres se ha presentado desde antaño diluida con la del resto de miembros de la familia⁸², equiparándose éstas a los demás sujetos incluidos en la protección de las normas anteriores a la Ley Orgánica 1/2004, ofreciendo una respuesta de tinte más global que específico al problema concreto de la violencia contra la mujer⁸³.

Por ello, antes de la existencia de esta Ley, las sentencias del Tribunal Supremo que analizaban casos que trataban dicho tipo de delincuencia, optaban por reconducirlas al Art. 153 CP, ubicado en el Título de los delitos de lesiones, si bien algunas de esas sentencias ya comenzaban a tomar consciencia de la especificidad de esta conducta y los diferentes matices que posee el concreto bien jurídico protegido. A modo de ejemplo, la STS 5178/2000, de 24 de junio; en este sentido consideraba, al aplicar el Art. 153 a este delito, “un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión. El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar contra valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y

⁷⁹ Hecho que a criterio de Maqueda Abreu, M. L. ha contribuido a “obstaculizar tanto la visibilización de cada uno de ellos, y así el deseable rechazo social, como la adecuada identificación de cada una de esas formas de maltrato”. MAQUEDA ABREU, M. L. La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006. p. 6.
URL:<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. (Consultado: 11-2-2013).

⁸⁰ El término anterior a la actual definición de violencia de “género” era el de “violencia sobre la mujer”, denominación empleada en la mayoría de las reuniones jurídicas internacionales, como la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la Plataforma para la Acción adoptada en Beijing en 1995, o las Recomendaciones para el Consejo de Europa de 2002.
URL:http://www2.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm (Consultado: 12-11-13).

⁸¹ Para Maqueda Abreu no es lo mismo “violencia de género y violencia doméstica, porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujeto de referencia”. MAQUEDA ABREU, M. L. La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006. p. 5.

⁸² Para la profesora Larrauri Pijoan “Las causas que explican la violencia contra la mujer en la familia no son distintas de los factores explicativos del resto de actos violentos dirigidos a otros miembros de la familia”. LARRAURI PIJOÁN, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta. 2007. p. 20.

⁸³ Si bien existe una línea sociológica que entienden la violencia de género como una categoría sociológica con autonomía propia, en la que se sitúa RUBIO CASTRO, A. *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer. 2004. p. 43.

al libre desarrollo de su personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos (...).

En cuanto a la doctrina científica, se comenzó a ver igualmente necesaria una separación de ambos conceptos⁸⁴; la disparidad comenzó con la elección del específico bien jurídico protegido en el Art. 153. Para parte de ella, se trataba de la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima; para otros, la dignidad de la persona en el seno de la familia⁸⁵, o la integridad moral como manifestación del principio de dignidad humana, o la integridad moral como valor constitucional y como objeto de protección penal específica a través de los Arts. 173 a 177 CP.

La posterior Ley Orgánica 11/2003, según veremos después, haciéndose eco de tal discusión, redacta el Art. 173 en sus números 2 y 3, trasladando aquí los contenidos del Art. 153, lo cual supone un cambio en el propio concepto y en la definición del bien jurídico a proteger⁸⁶, ampliándose el número de sujetos pasivos, de la mano de una forma más acorde con la realidad vital actual, manteniéndose la figura del cónyuge o asimilado al mismo que estén o hayan estado ligados por análoga relación.

4.2. Reivindicación de una normativa de protección exclusiva de las mujeres.

No obstante, aún surgen voces que exigen una norma autónoma y diferenciada del resto de sujetos para las mujeres víctimas de malos tratos⁸⁷, separando las situaciones naturales en que se encuentran unos miembros y otros, ya que por ejemplo en el caso de los menores, su situación es de real dependencia –lo que también vale para los enfermos, o los discapacitados–, pero sin embargo, en el caso de la mujer no se da tal situación natural, siendo los propios episodios de maltrato los dirigidos a situarla en tal posición⁸⁸. Otro argumento a favor de tal

⁸⁴ El hecho de que en la mayoría de las ocasiones la violencia de género tenga lugar en el ámbito *doméstico*, ha hecho que la mayoría de las legislaciones la haya venido regulando como una manifestación más de la violencia doméstica, así, la ley mexicana de “Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar” de 8 de julio de 1996, y demás normas de los países tanto sudamericanos como europeos, como la ley italiana “Legge 4 aprile 2001 sobre Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”. BERGALLI, R. / BODEGÓN, E. La cuestión de las mujeres y el Derecho Penal simbólico. *Anuario de Filosofía del Derecho IX*. 1992. p. 54. Igualmente, OSBORNE VERDUGO, R. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra 1993. p. 69. Idem: FREIXES SANJUAN, T. Las normas de Prevención de la Violencia de género. Reflexiones entorno al marco internacional y europeo. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. n.º 6. 2001. pp. 11 y ss. Idem, por LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. Violencia de género. Ideología patriarcal y actitudes sexistas. En IGLESIAS CANLE, I. / LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (Coords.) *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. pp. 118-120.

⁸⁵ “Como manifestación del principio de dignidad humana del Art. 15 CE”, CUADRADO RUIZ, M. / Requejo, C. El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Análisis del artículo 153 del Código Penal. *Revista La Ley*. nº 5072. 2000. p. 3.

⁸⁶ Para las mismas autoras, “dignidad de la persona, su integridad moral, como libre ejercicio de la voluntad, defensa de las ideas o de los pensamientos y convicciones”. *Ob. Cit.* p. 9

⁸⁷ Informe del Área de la Mujer de la Asociación Libre de Abogados (A.L.A.) sobre la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, 2005. p. 2.

URL:<http://ala.org.es/> (Consultado: 21-3-2013).

⁸⁸ En este sentido, es ilustrativa la opinión de Osborne de que “la violencia de mujer a hombre no viene

separación cargaría las tintas en una explicación que deberá basarse en términos culturales y no biológicos, ya que éste tipo de violencia implica una manifestación de las relaciones de poder tradicionalmente desequilibradas entre el hombre y la mujer que ha conducido a la discriminación y a la dominación, y por ello, al freno del progreso de la mujer, situación que no es exclusiva de España, sino que afecta a la mayoría de los países; en Europa, de acuerdo con los datos publicados tras el IV Encuentro Internacional Organizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia en Valencia, 15 y 16 de noviembre de 1999, se observa que países nórdicos como Finlandia, Noruega, Dinamarca y Suecia, ostentan los índices más elevados de casos mortales por causa de la violencia doméstica⁸⁹, en los que las mujeres han sido asesinadas por sus propias parejas, situándose España en el octavo Estado miembro en mayor número de casos de violencia doméstica⁹⁰. Por ello, la violencia contra la mujer no consiste en un mero despliegue de una conducta agresiva fruto de una personalidad concreta en el autor, sino que se realiza con un fin determinado, cual es el mantenimiento de un concreto orden de valores, *statu quo* que como hemos visto, pretende mantenerse incluso en los países más civilizados.

La respuesta a dichas reivindicaciones podría desglosarse en dos partes, ambas de muy distinta índole; la primera, se referiría a que dicha distinción, apoyada en una justificación como la referida, convierte al varón, como género, en heredero universal de dichas conductas⁹¹, en una posible vuelta más al Derecho Penal de autor. La segunda sería la solución que aporta la Ley Orgánica 1/2004, que veremos más adelante, de la que no olvidemos, su título es "...medidas contra la violencia de género" en la modificación que hace en el artículo 173.2, en el que se incluye la protección específica realizada con habitualidad por un cónyuge o conviviente sobre el otro.

4.3. Definición del novedoso concepto de violencia de género.

Llegados a este punto, en orden a dar una definición del nuevo término, el Art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas⁹² define la violencia contra la mujer como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener

amparada por una ideología que apoya la dominación y el control a los hombres por parte de las mujeres". OSBORNE, R. De la violencia de género a las cifras de la violencia: una cuestión política. *Revista Empiria, (Revista de Metodología de Ciencias Sociales)*. nº 15. 2008. p. 118.

⁸⁹ Diario *El País*, 28-4-2007: "Los países nórdicos encabezan la lista de mujeres muertas por maltrato (...) *ranking* que encabezan países del norte de Europa como Finlandia y Suecia, lugares donde los hombres son menos sexistas pero hay un excesivo consumo de sustancias tóxicas". URL:http://sociedad.elpais.com/sociedad/2007/04/28/actualidad/1177711202_850215.html (Consultado: 22-3-2013).

⁹⁰ Dra. JUNE, K. en colaboración con el equipo de dirección del Programa Daphne de la Comisión Europea. DG Justicia, Libertad y Seguridad. Programa Daphne. 2008. <http://www.guiafc.com/temas/asuntos-sociales/item/161-daphne-iii.html> (Consultado: 23-3-2013).

⁹¹ En este sentido, señala el Observatorio contra la Violencia de Doméstica y de Género que el objeto de la LO 1/2004 no es proteger a todas las mujeres frente a todos los hombres. El objeto de la norma es otro: dar respuesta a la violencia que ejercen determinados hombres respecto a las mujeres en la específica relación sentimental de la pareja o expareja, aprovechando la superioridad que dicha relación les proporciona. *Vid.* "Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", Observatorio contra la violencia Doméstica y de Género, Consejo General del Poder Judicial. p. 7.

URL:http://www.celem.org/pdfs/guia_criterios.pdf (Consultado: 19-9-2013)

⁹² A/RES/48/104 del 20 de diciembre de 1993.

como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada⁹³. Este tipo concreto de violencia se convierte en un hecho frecuente dentro de las relaciones familiares, pero también en los lugares de trabajo, en las escuelas y en toda la sociedad en general⁹³, como consecuencia de la tradicional dominación ejercida por el hombre en todos los tiempos y en todas las sociedades.

Violencia de género significa así cualquier actuación violenta sufrida por una mujer por su pertenencia al sexo femenino⁹⁴, que tenga o pueda tener como resultado un menoscabo físico, sexual o psicológico, abarcando desde las lesiones a las amenazas; desde las coacciones hasta la privación de libertad, las agresiones a su libertad sexual, el trato degradante, tanto en la esfera pública como en la privada, pudiendo llegar hasta el homicidio⁹⁵ o el asesinato.

La mujer ha venido siendo considerada desde tiempo inmemorial por el varón como un objeto de su propiedad, dotada de menos derechos que él. Este estatus sufrido tanto en la propia sociedad como en el ámbito intrafamiliar se traduce en múltiples ocasiones en violencia física, agresiones sexuales de toda índole, mutilaciones geniales en determinadas culturas y explotaciones de cualquier naturaleza, llegando a materializarse incluso antes de su nacimiento con la figura del aborto selectivo cuando se constata que el nasciturus sea mujer⁹⁶.

4.4. La violencia de género en el ámbito penal.

Por ello, para que nos encontremos ante un delito relativo a la *violencia de género* deberá concurrir:

⁹³ Para Riscos, Blanco y Guillen “Las mujeres están expuestas a soportar múltiples tipos de violencia: dentro de la familia (incesto), y fuera de la familia, en el trabajo (acoso sexual), en la calle (agresiones sexuales), en los medios de comunicación (imágenes estereotipadas y utilización del cuerpo), en la escuela (educación y contenidos sexistas)”. RISCOS de E., BLANCO, P. y GUILLÉN, D. Propuesta de intervención contra la violencia hacia las mujeres. *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18. Madrid: Serv. Publicaciones Universidad Complutense. 2005 pp. 297-315, citando a LÓPEZ BELTRÁN, M. T. Violencia y género. Actas del *Congreso Interdisciplinar sobre Violencia y género*, TII. pp. Málaga 2002. pp 177-183.

⁹⁴ Por ello, García Arán exige que la acción, para poder incluirse en este concepto, “debe encontrarse revestido de esa pauta cultural de desigualdad entre los sexos que concede especial lesividad al hecho”, en *Injusto individual e injusto social en la violencia machista*. GARCÍA ARÁN, M. Costitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. En *Libro homenaje al profesor Dr. D. Tomás Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. p. 658.

⁹⁵ Toledo Vázquez propone el empleo del término *femicidio* en el sentido de muerte de una mujer por razón de su género, el cual englobaría “la mortalidad materna por abortos inseguros o clandestinos, las muertes de mujeres por enfermedades que les afectan desproporcionadamente en razón de género, suicidios de mujeres motivados por la violencia de que son víctimas o la muerte de niñas por desnutrición selectiva”. TOLEDO VAZQUEZ, P. *Controversias jurídicas entorno a la tipificación del feticidio/femicidio en países latinoamericanos. Un breve análisis*. Congreso internacional sobre modelos de prevención, atención y sanción de la violencia contra las mujeres. México D. F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.UNAM. 2009. p. 2.

⁹⁶ Para este tipo de delitos, Montalbán Huertas propone el término *genoricidio*, que describiría la exterminación de personas de un sexo concreto, como pudiera ser las muertes selectivas de niñas en China o la India. MOLTALBAN HUERTAS, I. *Perspectiva de Género: Criterio de interpretación internacional y constitucional*. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. 1/1/2004. pp. 114-115.

1. Violencia física, psíquica o psicológica que produzca un agravio en la vida, integridad física o moral, en la libertad, en la libertad sexual, en la capacidad de decisión y/o en la tranquilidad de la víctima.

2. Que la víctima sea respecto al autor del delito, esposa, ex esposa, pareja, ex pareja (aun sin haber existido convivencia) o que se encuentre inmersa en cualquier otra análoga relación de *afectividad*⁹⁷ (según se recoge en la Art. 1.1, de la Ley Orgánica 1/2004, a la que dedicamos el número 11 de este trabajo de investigación).

3. Que esa violencia física/psíquica o psicológica exprese discriminación de la mujer, desigualdad o relación de poder⁹⁸, en éste caso, del hombre sobre la mujer (Ley Orgánica 1/2004, Art. 1, apdo. 3).

El delito de violencia de género puede ser por lo tanto, cualquier tipo delictivo contra las personas (homicidio, lesiones, amenazas) dónde se aprecie lo relatado⁹⁹, acotándose en los tipos penales recogidos en los Arts. 153.1 (que eleva de falta a delito el maltrato de obra, o el menoscabo psíquico leve)¹⁰⁰ y 148.4 (delito de lesiones agravado)¹⁰¹, ambos, del Código Penal en vigor.

En definitiva, son todos aquellos delitos en los que el objeto de protección será los bienes jurídicos personales fundamentales¹⁰² de la mujer que sufran los ataques de su marido, ex marido o pareja que conviva o haya convivido con ella.

4.5. La violencia doméstica en el ámbito penal.

Para que exista violencia doméstica a los efectos penales debe concurrir:

⁹⁷ Expresión que aclara la SAP Barcelona 583/2004, de 7 de julio, en los términos “la análoga relación de afectividad hace referencia a la unión de hombre y mujer dirigida a establecer una plena comunidad de vida, determinada y gobernada por los mismos ideales que si de un matrimonio se tratase, aunque se diferencia por la no celebración de éste (con las consecuencias jurídicas que ello conlleva)”.

⁹⁸ En el sentido que describía FOUCAULT, M. P., como “el modo en que ciertas acciones pueden estructurar el campo de otras acciones posibles”, en *Historia de la sexualidad*. (Vol. 1). Madrid: Siglo XXI de España Editores. 1998. p 113. Asimismo Población Knappe refiere que “cuando prima en una relación el pulso de poder o la relación de poder, se anula o desaparece la relación de amor. Dicho poder puede ejercerse desde arriba o desde bajo, es decir, desde la posición del que impone el dominio de la fuerza o desde la postura de la víctima-victimario que utiliza su debilidad para manipular”. POBLACIÓN KNAPPE, P. *Las relaciones de poder*. Madrid: Fundamentos. 2005. p. 32.

⁹⁹ Vid. STS 7482/2009, de 24 de noviembre y SAP Murcia 124/2011, de 25 de enero; esta última recoge que “no es delito de violencia de género la amenaza vertida por el hombre contra la mujer cuando el objeto de esta amenaza no es la subyugación de la mujer.”

¹⁰⁰ El FJ Segundo de la SAP Tarragona 169/2010, de 24 de marzo, recoge “La acción típica tanto en una infracción como en otra consiste en la causación de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código Penal, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, sin que la acción típica en uno u otro párrafo venga revestida de otras finalidades específicas, precisamente porque el Legislador ha renunciado a plasmarlas en la descripción típica, elevando a la categoría de delito y estableciendo diferente penalidad en los apartados 1.º y 2.º del Art. 153 del Código Penal en función del sujeto pasivo”.

¹⁰¹ La mayoría de la doctrina coincide en resaltar que el tipo agravado, previsto en el Art. 148 CP se refiere exclusivamente al tipo básico de lesiones del Art. 147, así SILVA SÁNCHEZ, J. M.- MELERO MERINO, F. J., Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta. *Actualidad Penal*. nº 1. 1995. p. 15.

¹⁰² En el sentido al que se refiere Berdugo Gómez de la Torre de “concepto global de salud o de *incolumidad personal*, como estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el *sistema social*”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Estudios sobre el delito de lesiones*. Bogotá: Ediciones Universitarias del Externado de Colombia. 1989. p. 20.

1. Violencia física, psíquica o psicológica¹⁰³ que produzca un agravio en la vida, integridad física o moral, en la libertad, en la libertad sexual, en la capacidad de decisión y/o en la tranquilidad de la víctima, según hemos visto.

2. Que la víctima sea en referencia al autor, *miembro de su mismo núcleo familiar*¹⁰⁴, es decir, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción, menor o incapaz que conviva con el autor o sea éste el sujeto que ejerza su potestad o el conyugue, siempre que no sea susceptible de convertirse en víctima de la violencia de género, según se recoge en el artículo 173.2 CP, que analizaremos posteriormente.

En estos casos, además, existe la posibilidad de la apreciación de la habitualidad¹⁰⁵, definida como la proximidad temporal entre diversos actos violentos¹⁰⁶, independientemente de si son diferentes las personas de las víctimas o si los actos han sido ya juzgados o no. Son por ello delitos de violencia doméstica los recogidos en:

1. El Artículo 173.2 del Código Penal.

2. El Art. 153.2 CP, por el que se eleva a delito las faltas (lesiones leves o maltrato), cuando la víctima sea alguna de las recogidas en el Art. 173.2 CP.

Vemos así que existen ciertos casos que se pueden incluir dentro de la violencia doméstica sin exigirse el concepto de la habitualidad. Es decir, el legislador del Código Penal ha previsto incluir en el término violencia doméstica a los delitos del 153.2, aun siendo conductas únicas y puntuales, (que recordemos se trataba de lesiones o menoscabos constitutivos de falta que habían sido elevados a delito), por el motivo de que con dicha lesión, o menoscabo leve, aún tratándose de un acto singular se atenta, se amenaza e incluso se lesiona la integridad moral¹⁰⁷ de las víctimas, que recordemos deben pertenecer al mismo núcleo familiar que el agresor.

A modo de síntesis, y según desarrollaremos después, se elabora el siguiente esquema que resume las diferencias vistas entre un delito y otro, en el cual se aprecia cómo el legislador ha querido conceder mayor protección a los bienes jurídicos personales de las víctimas de ambos delitos –tanto de la violencia doméstica como de la violencia de género–, otorgando a la mayoría de las conductas la condición de delito, si bien éstas, por motivo de sus menor

¹⁰³ “La Dogmática considera de forma unánime que el término *violencia* se refiere tanto a violencia física como psicológica, considerándose igualmente tanto las lesiones físicas como las psicológicas”. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial.*, Valencia:Tirant lo Blanch, 18º ed. 2010.

¹⁰⁴ Para la profesora Rodríguez Núñez se trataría de la violencia desplegada por el actor en el hogar tomado en su “conjunto”. RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. Violencia en el ámbito familiar. En COLLADO MEDINA, J., *Teoría y práctica de la investigación criminal.* 2009. pp. 257 y ss. URL:http://iugm.es/uploads/tx_iugm/TEORIA_PRAC_INV_CRIM_01.pdf (Consultado: 21-12-2012).

¹⁰⁵ “Los maltratos psíquicos que, mantenidos en el tiempo, socavan la autoestima de la mujer, son los que mayoritariamente se dan”. NOGUEIRAS GARCÍA, B.; ARREDECHERA ORTIZ, Á. Y BONINO MÉNDEZ, L. *La atención sociosanitaria ante la violencia contra las mujeres.*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), Salud 3. 2ª Ed., 3ª reimp. 2005. p. 40.

¹⁰⁶ Como expresa Aranguez Sánchez “en el vigente Código Penal no existe una definición de habitualidad que tenga validez general”. ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica. En MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica.* Estudios penales sobre violencia doméstica. Madrid: Ed. De Derecho Reunidas. 2002. p. 199.

¹⁰⁷ El Tribunal Supremo define la integridad moral como “un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento”: STS 7042/2000, de 3 de octubre (RJ 2001/8551). El Código Penal, según se verá detalladamente, tipifica las “torturas y otros delitos contra la integridad moral” en los Arts. 173, 174, 175 y 176.

gravedad, teóricamente integrarían la categoría de falta¹⁰⁸, según se recoge en el Art. 620 CP:

	VIOLENCIA DOMÉSTICA	VIOLENCIA DE GÉNERO
Sujeto activo	Cualquier persona integrante de un núcleo familiar	Marido, pareja, ex marido, ex pareja (masculinos).
Víctima	Cualquier persona integrante del mismo núcleo familiar que el agresor	Mujer, esposa, pareja, ex mujer, ex esposa, ex pareja aun sin haber existido convivencia
Tiempo	Habitualidad de acciones, si bien en los casos del Art. 153.2 CP, sí se reconoce ante un acto singular.	No requiere habitualidad, una sola acción es suficiente para ser considerada violencia de género
Bien jurídico protegido	La integridad moral de las víctimas, así como un ambiente familiar adecuado.	Bienes jurídicos y derechos fundamentales de la mujer (vida, integridad física, integridad moral).
Autonomía jurídica	Delito autónomo, recogido en los Arts. 2 y 153.2 CP	Se basa en conductas ya tipificadas como delitos, salvo los Arts. 153.1 y 148.4 CP, que calificamos como violencia de género específica.
Incorporación doctrinal	Incluido en el Art. 425 del CP de 1973, por la LO 3/1989, de 21 de junio.	Incluido en el vigente CP por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre.

4.6. Diferencias de tipo y punitivas.

Entremos ahora en una aún más pormenorizada diferenciación en la órbita penal de los dos tipos de violencia que pueden tener lugar dentro del ámbito familiar: la violencia doméstica y la violencia de género.

La primera de ellas¹⁰⁹, según vemos, se puede definir como todo acto de violencia ejercido contra cualquiera de las personas descritas en el Art. 173.2 CP (quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él¹¹⁰ por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los

¹⁰⁸ Habida cuenta de que el vigente Art. 153 del CP desplaza en estas situaciones la operatividad de los Arts. 617 y 620.1º CP, siendo estos sólo de aplicación cuando se trata de sujetos distintos a los del 173.2 CP. La problemática derivada de la proporcionalidad en la sanción, pudiendo imponer pena de prisión a una conducta idénticamente regulada en el ámbito de las faltas, ha sido resuelta por decisiones constitucionales como *v.gr.*, el ATC 233/2004, de 7 de junio.

¹⁰⁹ La OMS define la violencia intrafamiliar como los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar, y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres y ancianos. Considerada un problema de salud pública de primer orden por organizaciones internacionales y gobiernos. La ONU en 1995 estableció entre sus objetivos estratégicos la lucha contra la violencia contra las mujeres. La OMS en 1998, declaró a la violencia doméstica como una prioridad internacional para los servicios de salud.
URL:https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf (Consultado: 17-8-2013).

¹¹⁰ Mirat Hernández y Armendariz León describen dos momentos en el ciclo de la violencia familiar

descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces¹¹¹ que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar¹¹², así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados), lo cual confiere una especial protección, ya sea por situación de dependencia entre agresor y víctima (caso de los hijos respecto de los progenitores) o por una relación legal que otorga una especial protección a la víctima (caso del tutor respecto al declarado incapaz, en un procedimiento civil). Con todo, el artículo no establece un *numerus clausus* de relaciones que se encuentran dentro del amparo del mismo, dejando abierta la posibilidad de incluir otros supuestos al decir que se aplicará “sobre”¹¹³ persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”. Así, será necesario determinar en cada caso concreto si aplicamos los preceptos generales o los relativos a la violencia doméstica.

La violencia de género será aquella que tendrá lugar exclusivamente cuando exista o haya existido una relación sentimental entre agresor y víctima, exigiéndose que sea aquel del sexo masculino y su víctima, del femenino¹¹⁴. La relación indicada debe ser asimilada a la conyugal, aún cuando no hubiera habido convivencia¹¹⁵. La relación no tiene porqué de ser actual, sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión. Tras lectura exhaustiva del Código Penal, se constata que no va a ser posible su aplicación a las relaciones

desde el punto de vista criminológico, el primero, cuando *existe* la relación de convivencia; el segundo, cuando la convivencia *se ha roto*. MIRAT HERNÁNDEZ, P. / ARMENDÁRIZ LEÓN, C. Violencia de género versus violencia doméstica. Consecuencias jurídico-penales. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. 2006. p. 60.

¹¹¹ En cuanto a los incapaces, León Chaparro sostiene que no es precisa previa declaración judicial de incapacidad (Art. 25 CP) ni respecto tanto a éstos como a los menores que exista una relación de parentesco”. LEÓN CHAPARRO, L. Estudio del Actual Artículo 173 del Código Penal. *Revista Baylio*. Ed. Electrónica. p. 6.

URL:<http://www.icace.org/pdf/ponenciaCAM1.pdf> (Consultado: 17-9-2013).

¹¹² Sobre estos, la misma autora entiende aquí comprendidos “sobrinos o ancianos acogidos en una familia e incluso la interna que presta en la casa servicios de tipo doméstico”. *Ob. Cit.* p. 6.

¹¹³ La expresión “sobre” empleada por el legislador da pie a Olmedo Cardenete, M. D. a afirmar que la violencia, “para ser castigada por este tipo, debe ejercerse directamente sobre las víctimas referidas, y mediante dolo directo, rechazando por ello, tanto el dolo eventual como, la comisión imprudente”. OLMEDO CARDENETE, M. D. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona: Atelier. 2001. pp. 144 y ss.

¹¹⁴ Para la Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de diciembre de 1993), por “violencia contra la mujer” debe entenderse todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”: Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. A/RES/ 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

¹¹⁵ En dicho sentido se pronuncia la SAP Vizcaya 31/2007, de 22 de enero –citando la SAP Ávila 202/2005, de 20 de diciembre–, a la que añade, que “no debe argumentarse que en la relación no existan “planes de futuro” pues, de ser así, ello puede responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, tal y como la realidad social pone de manifiesto, no implicando dicho extremo merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña”.

homosexuales¹¹⁶, ya que será condición exigible para que se trate de violencia de género la descrita pertenencia a un género y otro de autor y víctima. Sí bien parece ser que podría aplicarse en relaciones lesbianas, al decir el Código “a quien haya sido su mujer”, dado que dicha condición sí se cumpliría; sin embargo, en la STC que establece la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre¹¹⁷ aparecen dos motivos que no permitirían tal interpretación; estos se basan en que los artículos de los que vamos a tratar se expresan diciendo “unida a él...”. Si el tipo de interpretación que hacemos, es gramatical; es decir, interpretar literalmente cada una de las palabras en las que fue redactado el artículo, vemos claramente que no podría ser sujeto activo una mujer. Ahora bien, si aplicamos el tipo de interpretación denominada sistemática, aquella que se realiza teniendo en cuenta toda la norma estudiada o parte de ella, en su conjunto, y no solo por las palabras, nos encontramos con que el Código Penal está redactado en masculino (*el que*, teniendo a su cargo la custodia de un menor...: Art. 223). Por eso, no cabe señalar la primera como motivación para que las mujeres lesbianas no pudieran entrar dentro del tipo, puesto que, en caso contrario, no podría ser sujeto activo una mujer en ninguno de los casos.

Con todo, el auténtico motivo por el que no cabe en las relaciones lesbianas¹¹⁸ es por los términos en que se expresa la Ley Orgánica 1/2004, en su Art. 1, que dice que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Ahí se encuentra la razón por la que solamente puede ser sujeto activo del delito de violencia de género el hombre¹¹⁹, puesto que contra lo que se quiere luchar, es contra la posibilidad de la desigualdad en la relación de pareja. En este sentido, Larrauri Pijoan entiende, sin embargo que “también la violencia que se produce entre parejas de mujeres se da en un contexto jerárquicamente estructurado y ese contexto, probablemente tiene consecuencias para la forma cómo se ejerce la violencia en las relaciones entre mujeres. Así, que incluso en las relaciones entre mujeres se adopten roles de dominación sólo tiene sentido en una sociedad organizada de forma asimétrica en relación al sexo”¹²⁰

La duda radica en qué debe entenderse por “relación de análoga afectividad” respecto a la conyugal, aún sin convivencia, ya que, en estos casos,

¹¹⁶ Compartido por Núñez Fernández y Requejo Naveros, “la exigencia de que el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo una mujer, deja fuera del precepto las relaciones homosexuales, así como cualquier conducta de violencia que una mujer pueda ejercer sobre su pareja o expareja”. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. / REQUEJO NAVEROS, M. T. Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (y Cools.) *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid: Colex. 2006. p. 91.

¹¹⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo. Asimismo, STC 80/2010, de 26 de octubre de 2010.

¹¹⁸ Si bien el Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander ha condenado como violencia de género la agresión en un matrimonio de lesbianas, imponiendo la pena de siete meses de prisión por un delito de violencia de género contra su pareja. (Hechos: 2 de abril de 2009). GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova. 2010. p. 607.

¹¹⁹ FUENTES SORIANO, O. *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid: Iustel. 2009. pp. 22 y ss.

¹²⁰ LARRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y violencia de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008*. InDret Penal 1/ 2009. p. 6.

URL:<http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Consultado: 8-1-2013).

suele ser difícil determinar dónde termina una amistad y empieza una relación de mayor afecto¹²¹.

En orden a saber si nos encontramos en un supuesto de violencia de género o ante un delito común, la jurisprudencia acuerda que debe tratarse de una relación que vaya más allá de la mera amistad¹²². Esta sentencia presume que existe relación que llega más allá de la amistad, al haberse mantenido relaciones sexuales durante un año, llegando incluso la víctima a quedarse embarazada. Este es el motivo que llevó a la Audiencia a considerar que el caso se encontraba dentro de una relación de análoga afectividad a la conyugal. Otra sentencia¹²³ establece cuáles son las características de una relación equiparable a la conyugal, exigiéndose una relación dotada de una cierta duración y vocación de permanencia, que traspase lo meramente episódico y la simple amistad, quedando igualmente excluidos encuentros amistosos o meramente esporádicos aún de contenido sexual. Según esta sentencia no es susceptible asimilarse dentro de la violencia de género las agresiones que se producen tras una mera relación sexual entre agresor y víctima, ni aún cuando ambas partes mantienen dichas relaciones de manera prolongada en el tiempo, dado que no se establece un mínimo de relaciones mantenidas para poder hablar de relaciones de análoga afectividad, por lo que, para averiguar si estamos en un delito especial o general, junto con las características mencionadas nos es de capital utilidad la que establece la Audiencia Provincial de Valencia¹²⁴, que ésta tenga vocación de permanencia y de fidelidad de una persona hacia la otra, lo que deberá ser determinado por el Juzgado en cada caso.

Para Larrauri Pijoan¹²⁵, ambas presentarían además las siguientes diferencias:

1. Existencia de fuentes de datos dispares, al basarse las encuestas sobre violencia familiar en preguntas sobre la realidad familiar, y las de victimología feminista, en datos de mujeres que acuden a la policía.

2. Existencia de distintas agendas morales: La violencia doméstica intenta erradicar la violencia en la familia, y la de género, la opresión de la mujer.

3. Existencia de diferentes estrategias de investigación: Los estudios sobre violencia familiar no son por entero dependientes de las conclusiones de sus análisis, sin embargo, los autores que publican sobre violencia de género, están muy pendientes del alcance de sus investigaciones¹²⁶.

¹²¹ Sobre las relaciones de noviazgo, Peramato Martín hace un interesante análisis en este sentido, aclarando que “lo más relevante es el hecho de *mantener relaciones amorosas* aún cuando estas no tengan por propósito el matrimonio, ni si quiera la convivencia (es evidente que dos personas pueden mantener un relación amorosa y no plantearse la convivencia). Un medio de prueba posible será la declaración testifical de las personas del entorno de las partes, así como la transcripción de mensajes de móviles o e-mails u otro tipos de correspondencia”. PERAMATO MARTÍN, T. La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho Penal español. En IGLESIAS CANLE, I. /LAMEIRAS FERNANDEZ, M. (Coords.) *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. p. 46.

¹²² SAP Sevilla 3450 /2007, de 28 de noviembre.

¹²³ SAP Barcelona 14779/2012, de 6 de noviembre.

¹²⁴ SAP Valencia 6762/2002, de 12 de diciembre.

¹²⁵ LARRAURI PIJOAN, E. *Ob. Cit. Criminología Crítica y Violencia de Género*. p. 22.

¹²⁶ En este sentido, Archer afirma que “la investigación criminológica de género debe incluso orientar la posterior política criminal”. ARCHER, J. Sex differences in aggression between heterosexual partners: A metaanalytic review. *Psychological Bulletin*, 126/5. 2000, pp. 651-680,

4. Existencia de diversas unidades de análisis: Los estudios sobre violencia doméstica analizan las causas de esta concreta delincuencia; los análisis sobre violencia de género se preguntan porqué la mujer es mayoritariamente la víctima en la violencia en familia¹²⁷.

4.7. Posibilidad de la mujer como victimaria de la violencia doméstica.

Los dos aspectos principales relativos a la violencia doméstica tratados en el presente trabajo de investigación –normativa que regula el tipo delictivo y el tratamiento suministrado en los centros penitenciarios españoles a los condenados por dichos delitos– tienen en su punto de mira al autor de los hechos violentos. El tratamiento de las víctimas de estos delitos –la otra parte *necesaria* para la existencia del tipo, no olvidemos que se trata mayoritariamente de delitos de resultado– quedaría fuera de las aspiraciones del trabajo, por lo ambicioso de la empresa; no obstante, la víctima, tradicionalmente la gran olvidada por el ordenamiento jurídico y el sistema judicial en términos generales, aparenta, en la violencia que analizamos, encontrarse obligada a soportar el delito, y aun peor, a veces también el posterior proceso judicial¹²⁸, lo que desemboca en múltiples ocasiones en lo que se ha dado en llamar una victimización secundaria, por la que aquella, no sólo recibe las graves consecuencias de la perpetración del delito, sino que además debe hacer frente a un proceso penal adverso que tiene como una de sus finalidades, paradójicamente, la reparación del daño causado a la víctima.

El abordaje de un problema tan grave como la violencia que tiene lugar en el seno de las familias puede hacerse desde cualquiera de los dos aspectos en los que ésta puede desdoblarse, la violencia doméstica, y la violencia de género. La segunda posee como punto de inflexión la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual aporta a la materia, no solo la creación del término *género*, aplicable a una especie dentro del género de violencia intrafamiliar, sino que se encarga en su Art. 1 de recalcar que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre estas...”. Dicha afirmación cercena la posibilidad de la aplicación de la “ley de la violencia de género” a cualquier otra víctima que no sea mujer y que además mantenga o haya mantenido una relación sentimental con el actor¹²⁹ varón.

La violencia doméstica, como *resto* de posibilidades de violencia intrafamiliar desde el punto de vista del autor y la víctima, sería la única que

¹²⁷ En ello coincide LAURENZO COPELLO, P. La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración Político Criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC07-08. p. 4. URL:<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> (Consultado: 7-9-2013).

¹²⁸ Muñoz Conde por el contrario sostiene que “En la última década del siglo XX, la víctima dejó de ser la gran olvidada del Derecho penal, para convertirse en una estrella fulgurante de su universo. Desde entonces todas las reformas emprendidas para dar mayor eficacia a las normas penales han tenido casi como objetivo exclusivo otorgar, directa o indirectamente, una mayor protección a la víctima del delito, incrementando el rigor de las penas y reduciendo paralelamente las garantías del presunto autor del delito”. MUÑOZ CONDE, F. en DEL CARPIO DELGADO, J. *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*. (Prólogo del libro). Valencia: Tirant lo Blanch. 2009.

¹²⁹ Fuentes Soriano “solo regula las agresiones que por razón de género padece la mujer en el ámbito doméstico”. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid: Iustel. 2009. p. 22.

alberga la posibilidad de que el autor del maltrato fuese de sexo femenino, y las víctimas, cualquiera de los miembros del clan familiar que con aquella convivan. Vamos por ello a describirla como toda violencia desplegada por cualquiera de las personas reflejadas en el Art. 173.2 CP, hacia cualquiera de las personas que el mismo precepto indica, cuya relación podrá ser de dependencia (hijos frente a los padres), o definida legalmente (v. gr. tutor frente al declarado incapaz). En esta segunda opción, será además, donde tenga cabida la violencia que se produzca en las relaciones homosexuales, tanto entre hombres como entre mujeres, al ser tajante –según hemos visto– la Ley Orgánica citada en su exigencia del sexo masculino del agresor y del femenino de la víctima de las agresiones.

Es por ello interesante una reflexión sobre la posibilidad (estadísticamente minoritaria, pero no por ello inconcebible) de que sea la mujer la autora de los malos tratos, posibilidad, que si bien, según se ha visto, ajena a la intencionabilidad de la última reforma del texto punitivo en la materia, se encontraba ya prevista en el articulado del Código, donde el legislador nunca desdeñó la posibilidad de que todas las conductas relativas al maltrato pudieran tener un sujeto activo femenino, aunque, ciertamente, dicha opción fue siempre interpretada como minoritaria, hecho que va a hacerse extensivo a los programas para agresores suministrados en los centros penitenciarios, los cuales tienen un destinatario eminentemente masculino.

La situación actual del delito en estudio, será la que se recoge en el Art. 153 CP, el cual diferencia en sus apartados 1 y 2 los dos tipos delictivos descritos, reservando distintas penas “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” –pena de prisión de seis meses a un año–; y cuando “la víctima del delito... fuere alguna de las personas a que se refiere el Art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo” –pena de prisión de tres meses a un año–. Por ello, si bien con carácter general el propósito de la Ley Orgánica 1/2004 es hacer frente a la violencia que sufren las mujeres de manos de su pareja masculina, no se adivina fácilmente el fin último pretendido ya que si bien por un lado la Ley abre su articulado con el concepto de violencia de género, ha incorporado, sin embargo, la referencia vista a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, en las que no va a haber exigencias relativas al sexo y a la relación existente entre ambas partes, y ello, para hacer frente a las posibles declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley por no atender a los principios constitucionales de igualdad ante la ley, de culpabilidad, y presunción de inocencia. Aun así, la protección brindada a ambos colectivos no es en absoluto la misma, ya que en el caso de la “ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, va a tratarse de una afirmación *iuris et de iure*, mientras que en el caso de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, va serlo *iuris tantum*, debiendo en estos últimos casos probarse tanto la especial vulnerabilidad de la víctima como la convivencia. Ello devolvía el peligro de la posible denuncia de inconstitucionalidad de la Ley que incluyó la reforma del tipo en el Código, lo que obligó al Tribunal Constitucional

a dictar la STC 59/2008, de 14 de mayo¹³⁰, sentencia interpretativa donde se concluye el ajuste constitucional del precepto, al recoger que "...Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (Art. 153.1) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre. Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (pena del Art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión".

Sobre la posibilidad de que el autor de las conductas violentas sea del sexo femenino, vamos a remitirnos al trabajo sobre delincuencia cometida por la mujer llevado a cabo por Stenglein / Sánchez-Bayón.¹³¹; sostiene la autora que "recordando la idea del iceberg, dentro de la teoría de la caballerosidad"¹³², solamente una pequeña parte de la delincuencia femenina sale a la luz por la actitud engañosa de las mujeres y su forma enmascarada. (...). En el mismo sentido, interesa el aspecto que la mujer, si delinque, solamente lo hace en su entorno familiar. Además, comete delitos menos graves, y, por una cierta caballerosidad, gozan de una comprensión de las instituciones y se les condena menos".

La opinión mayoritaria¹³³ de entre las muchas que han analizado el comportamiento delictivo femenino, centra su interés en la problemática del control social ejercido por el Estado sobre las mujeres a través de sus distintas instancias formales.

De acuerdo con esta corriente, para entender la escasa relevancia estadística de la delincuencia femenina es esencial entender ésta como el

¹³⁰ Ante cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, de 29 de julio de 2005.

¹³¹ STENGLEIN, G / SÁNCHEZ-BAYÓN, A. *Condición femenina y delincuencia. Estudio comparado hispano-alemán y una propuesta sistémica europea* Madrid: Editorial académica española. 2012.

¹³² Teoría defendida por Pollak. Explica la delincuencia femenina desde un punto de vista sociológico, si bien con el apoyo de elementos psicobiológicos. Sostiene que que las cifras de la delincuencia femenina son más elevadas de las que conocemos, a causa del comportamiento protector, y la actitud caballerosa de los hombres hacia las mujeres, lo que es aplicable tanto al sistema policial como en el ámbito de la justicia. En primer lugar, los hombres evitan denunciar las actuaciones delictivas de las mujeres, de las cuales ellos mismos son en muchas ocasiones las víctimas. La mujer se beneficia, en segundo lugar, de la benevolencia de las instituciones encargadas de perseguir las infracciones descubiertas o que se les encarga resolver. Paralelamente, los jueces son más benévulos en la imposición de las penas. Al hombre se le castiga mayoritariamente con pena privativa de libertad mientras que para la mujer se prefieren las penas alternativas a la prisión. Una vez ambos se encuentran cumpliendo la pena privativa de libertad, la proporción de progresión al tercer grado de tratamiento (régimen abierto) es mayor en las mujeres que en los hombres. POLLAK, O. *The criminality of women*. EE.UU: Ed. University Of Pennsylvania. Press. 1950. pp. 230 y ss.

¹³³ HAGAN, J. Micro and Macro structures of delinquency causation and a power control theory of gender and delinquency. En MESSNER, S. F. (Ed.): *Theoretical integration in the study of deviance and crime. Problems and prospects*. Albany (New York). State University of New York Press. 1978; AZAOLA, E. *El delito de ser mujer*. México: Plaza y Valdés. 1996; ROMERO MENDOZA, M./AGUILERA GUZMÁN, R. M. *¿Por qué delinquen las mujeres?* Parte I. Perspectivas teóricas tradicionales. *Salud Mental* 25(5). ISSN (Printed Version): 0185-3325. Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz. México. 2002.

resultado de la distinta incidencia de los controles sociales sobre la mujer. Tanto el *control informal* (formado por la acción de la familia, la escuela, el trabajo o el entorno social inmediato), como el *control formal* (ejercido por las instituciones policiales, judiciales y, penitenciarias) forman un *continuum armónico* que tiene como objeto conformar paulatinamente un estereotipo de mujer socialmente funcional, por lo que las instancias referidas, inicialmente crean, y mantienen después¹³⁴, el papel que a la mujer le es asignado en la sociedad, lo que sentaría las bases de un rol diferenciado respecto al varón, al que se le adjudica un papel principal en la esfera pública como productor de bienes, mientras que va a ser la esfera privada la que se asigne a la mujer, y en ella mantendrá su papel de sujeto reproductor biológico e ideológico, como continuación del ejercido a través de la historia.

Esta teoría defiende la existencia de una expectativa del Estado y de la sociedad respecto a la mujer por la que se establece una perfecta concordancia desde la concienciación social hasta la actuación del Estado, en el sentido de que la actitud valorativa de la mujer nutre el tipo de control informal, y sólo cuando los sucesivos controles informales fallen pasaría a actuar el control formal. Por ello, se interpreta que la baja tasa de criminalidad femenina sería consecuencia de una distinta proyección de los controles informales sobre la mujer, siempre en relación con el otro sexo. En este sentido se pronuncia Sánchez-Bayón, para quien “para poder luchar y prevenir la criminalidad femenina hay que poner a disposición unas medidas que permitan alcanzar la igualdad necesaria de las mujeres con los hombres. El modelo clásico del *rol social* sigue en vigor. El problema es que el tratamiento diferenciado por el género de sexo resulta que, en vez de dar un trato especializado –no en el sentido de una discriminación positiva ideológica– ha transformado la sociedad en una sociedad injusta y discriminatoria, donde las mujeres viven en condiciones vitales, socio–culturales, económicas, laborales, educativas, personales, etc. menos favorecedoras que los hombres. Y ese tratamiento es necesario que empiece a cambiar gracias a una política criminal europea más adecuada a la realidad social en curso”¹³⁵.

García Collantes¹³⁶ recoge que “aunque hoy en día se encuentra una mayor cantidad de literatura y de estudios empíricos que se focalizan en la delincuencia femenina, el tema aún no ha tenido el mismo desarrollo o no ha sido objeto de la misma atención que el de la delincuencia masculina. Las razones pueden deberse a que tradicionalmente, la participación de la mujer dentro del crimen, como en otras áreas de la vida, ha sido escasa, o también, a que, todavía en la actualidad la mayor proporción de delitos la siguen cometiendo hombres”.

Por ello, Stenglein sostiene que incluso cuando se habla en general de delincuencia, “se está aludiendo a un hecho netamente masculino”¹³⁷. La

¹³⁴ Para López-Rey “La criminalidad es un fenómeno sociopolítico”. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. *Criminalidad y abuso de poder*. Madrid: Tecnos. 1983. p. 15.

¹³⁵ SÁNCHEZ-BAYÓN, A. *Quadernos de Criminología. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*. nº 20. 2013. pp. 6-14.

¹³⁶ GARCÍA COLLANTES, A. *Perfil y actividades de la mujer en la delincuencia organizada en España: Un estudio empírico*. Tesis Doctoral. Univ. C.J.C. 2013. p. 154.

¹³⁷ Afirmación en la que coinciden Chesney-Lind y Pasco: “la Criminología ha atraído a estudiosos varones (y a algunas mujeres) que desean estudiar y comprender a los hombres que están fuera de la ley, [...]. Como resultado, entre las diversas disciplinas, la Criminología es esencialmente masculina”. CHESNEY-LIND, M. / PASCO, L. *The female offender: Girls, women, and crime*, 2.ª ed. California

prevención del delito se dirige al delincuente. Pero la Política Criminal, que tiene que abarcar un amplio espectro de enfoques, tendrá que distinguir, a la hora de planificar una prevención eficaz, el sexo y la condición de los delincuentes. Por tanto, habrá que aplicar unos programas de prevención útiles para hombres, y otros que pueden ser útiles para mujeres”, hecho del cual se hace un intento en el último apartado de este trabajo de investigación.

La delincuencia femenina es un espejo que refleja nítidamente las desigualdades sociales que aun perduran en la mayoría de las culturas. Las diferencias en la educación y en los procesos de socialización entre hombres y mujeres van a traducirse en comportamientos diferentes a lo largo de sus vidas, lo que será perfectamente extrapolable al hecho delictivo. Ello derivará así en una serie de diferencias sobre la magnitud de la delincuencia en un sexo u otro, en cuanto a las causas de comisión del delito, en las diferencias en los tipos delictivos y su gravedad, de cara a las posteriores diferencias relativas al cumplimiento de las penas en los centros penitenciarios, e incluso en las diferencias en la futura reinserción en sociedad tras el cumplimiento de la condena, al integrar la exreclusa, en gran medida uno de los colectivos más vulnerables, el de la mujer con cargas familiares. Cruells e Igareda¹³⁸ mantienen la opinión de que las mujeres expresas no se ven capacitadas para afrontar la realidad de fuera de la prisión, hecho que les provoca miedo y estrés por la carencia de información y orientación. Si además, a ello se suma la falta de experiencia laboral dentro la prisión, puesto que la habitual escasez de medios no ofrece la posibilidad de aprender las adecuadas competencias básicas para acceder a los recursos sociales (información sobre los recursos existentes y sobre su funcionamiento), se dificulta y se agrava aún en mayor medida un proceso de reinserción social y laboral que siempre se torna adverso.

(EE.UU): Thousand Oaks. Sage Publications. 2004. p. 2.

¹³⁸ CRUELLES LÓPEZ, M. / IGAREDA, N: *Mujeres, Integración y Prisión*. Barcelona: Aurea. 2005. p. 122.

PARTE SEGUNDA: ESTUDIO HISTÓRICO Y COMPARADO.

5. REGULACIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN ESPAÑA:

5.1. Antecedentes y orígenes del tipo:

5.1.1. Códigos Penales españoles del Siglo XIX.

Un rastreo histórico de antecedentes sobre la regulación de este tipo de violencia nos llevaría al Código Penal de 1822, Código basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en los estudios de Jeremy Bentham y Cesare Beccaria, en el que ya, en los Arts. 625 y 658 se castigaban determinadas conductas relacionadas con la violencia en el ámbito familiar, en lo que tenían que ver con el “exceso en el derecho de corrección sobre los hijos o descendientes”. Posteriormente, el Código Penal de 1870, que pretendió adaptar el homólogo texto de 1850, al espíritu de la Constitución de 1869, recogía en su Art. 431, una circunstancia agravante específica para el caso de que las lesiones se cometieran sobre los miembros de la familia, con excepción de las causadas sobre los hijos como consecuencia de un exceso en el derecho de corrección.

Entrado ya el siglo XX, el Art. 762 del Código Penal de 1928, cuya redacción fue encomendada a Cuello Calón, Quintiliano Saldaña y Galo Ponte, recogía: “*Los ascendientes y tutores que abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estén bajo su potestad o guarda les maltrataren de modo (tan) grave que hiciera peligrar su salud, serán castigados con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas*”.¹³⁹

5.1.2. Reformas constitucionales en el Código Penal de 1944-73. El Art. 425.

En España ha sido la Constitución de 1978 el punto de partida de múltiples reformas legales, lógicas al nuevo sistema democrático, muchas de las cuales se contemplan decisivas para la progresiva implantación y aceptación de nuevos modos de regulación de las relaciones entre los miembros de una misma familia.

No obstante, en puridad, hasta la reforma operada en el Código de 1973¹⁴⁰ por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, no existía ningún artículo que castigase las conductas relativas a la violencia en el ámbito familiar. Su introducción en el Código –que según se ha dicho no contemplaba dicha conducta– operada por esta Ley, fue fruto de una enmienda –la número 53– del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado. Esta Ley, que si bien tenía como fundamento la destipificación de diversas conductas contempladas hasta entonces como ilícitos penales a la vista del principio de intervención mínima que se presupone al Derecho Penal, introduce esta tipología

¹³⁹ Sostiene Cervelló Donderis, que posiblemente este artículo sea el antecedente histórico más cercano a la actual conceptualización del delito de malos tratos en el ámbito familiar”. CERVELLÓ DONDERIS, V. El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección. *Revista del Poder Judicial* nº 33. 1994. pp. 51-52.

¹⁴⁰ Código que no supuso sino una ampliación del de 1944, calificado por Cerezo Mir como un Código Penal que “protegía a la familia y a las buenas costumbres”. CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*. Madrid: Tecnos. 2004.

delictiva llenando una laguna legal existente.

Dicha reforma introdujo por vez primera la tipificación del delito de violencia familiar, añadiendo al Art. 425 del citado texto la posibilidad de castigar con la pena de *arresto mayor* la lesión o el maltrato corporal producido de manera reiterada en el seno familiar. En el artículo, la víctima debía ser el cónyuge o persona asimilada a dicho estatus, o los hijos, menores o incapaces sujetos a la patria potestad, tutela o guarda de hecho.

Con todo, la regulación citada fue ya criticada desde el momento de su publicación¹⁴¹, ya que dejaba fuera de su protección a los ascendientes del autor, cuando sin embargo la falta recogida en el mismo Código en el Art. 582 sí los incluía. Ésta y otras lagunas fueron ya puestas de manifiesto por la Circular 2/1994 de la Fiscalía General del Estado –que asimismo incidía en la necesidad de la interpretación del concepto de la habitualidad–, en cuanto a la necesidad de la inclusión de los malos tratos de carácter psíquico, y la propia naturaleza del bien jurídico protegido, en un tipo incluido en el Título dedicado a las lesiones.

En aquel momento, la subsunción de una conducta en tal tipo penal exige, por imperativo de legalidad, que se ejecuten actos materiales de violencia física, y que los mismos sean, además, habituales. Con respecto al requisito del daño tangible, criticable o no, es lo cierto que únicamente va a comprender los actos de fuerza física, consistentes en malos tratos, golpes o cualquier otro acto que implique contacto corporal con la víctima, pero quedándose al margen del tipo, dada su dicción legal, los actos constitutivos de maltrato exclusivamente psíquico, como pueden ser los insultos y las amenazas¹⁴².

Asimismo, apreciamos que la habitualidad exigida implica, al menos, la ejecución de tres actos constatados para con la víctima¹⁴³ y además, con cierta conexión temporal.

Con todo, reconociéndose lo oportuno de la reforma, su aplicación práctica por los tribunales fue relativamente escasa¹⁴⁴, quizá por motivos como los ya anotados de considerarse hasta ese momento como asunto privado todo lo que tuviese lugar intramuros del hogar; sin embargo, la posterior creciente sensibilización social hacia dicho tipo de violencia hizo pensar en una regulación

¹⁴¹ CUENCA SÁNCHEZ, J. C. El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación. *Revista La Ley*. 1991. nº 4. p. 1185. MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A. Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer. *Actualidad Penal*. nº 9. 2000. p. 188.

¹⁴² Hecho que confronta con la idea de Pratto y Walker de que “no sólo el ejercicio de la violencia puede inducir o otros a obedecer, sino también la amenaza de ejercerla. Por ejemplo, aunque una mujer no sufra episodios de violencia en su relación, puede sentirse persuadida a permanecer en una relación por miedo a que otra nueva pareja podría hacerlo”. PRATTO, F. /WALKER, A. The bases of gendered power. En EAGLY, A. H., BEAL, A. E. y STEMBERG, R. J. (Eds.), *The Psychology of gender*. 2ª Ed. Nueva York: Guilford Press. 2004. pp 332 y ss.

¹⁴³ El profesor Del Rosal Blasco expone que la doctrina se ha resignado a aceptar el viejo criterio jurisprudencial, desarrollado sobre todo en relación con el delito de receptación de exigir, al menos, la realización de tres actos para apreciar la habitualidad. DEL ROSAL BLASCO, B. El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar”. En COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios a la legislación penal, Tomo XIV. Vol. 1º*, Madrid: Edersa. 1992. p. 372

¹⁴⁴ Maqueda Abreu basa las razones en la omisión a la violencia psíquica, por otra parte habitual en este tipo de conductas, la exclusión entre el grupo de sujetos protegidos a los no convivientes que, no obstante, pueden igualmente encontrarse en situación de riesgo como suele acontecer en los casos de ruptura conyugal, y en último lugar, por la indeterminación del criterio de la habitualidad. MAQUEDA ABREU, M. L. Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. En LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*. Madrid: Dykinson. 2010. pp. 114-115.

más amplia que hiciese frente al problema de referencia.

Por ello, existieron varios proyectos posteriores de subsanación de dichas deficiencias, de entre las que destaca el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, en el que ya se incluía la cláusula, hoy aceptada, de penar por separado los delitos en los que los actos de maltrato desembocan, incluyéndose asimismo una definición del término “habitualidad” en el Art. 161 –que curiosamente no se incluía en el siguiente Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1994–, con estos términos: *“existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a las que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal”*.¹⁴⁵

5.2. Devenir del tipo vigente:

5.2.1. Ley Orgánica 10/1995: El Código Penal de 1995.

Posteriormente, tras este primer paso, y tras la publicación del vigente Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, con entrada en vigor el 26 de mayo de 1996, muchas han sido las leyes que han venido a regular el delito en estudio, especialmente las propias modificaciones sufridas por el Código, el cual, de las 21 reformas asumidas hasta mayo de 2014, contempla cuatro en concreto en las que el legislador entra directamente a regular las conductas objeto de esta investigación:

- La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal;
- La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley, que fue fruto del Primer Plan de Acción contra la violencia doméstica aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, que veremos a continuación;
- 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 y finalmente,
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

5.2.2. La Ley 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

La primera de las leyes citadas, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, si bien su cometido era reformar los preceptos del Código Penal relacionados con los delitos contra la libertad sexual, acabó modificando algunas disposiciones de carácter general. La Ley de referencia modificó asimismo el número 2 del Art. 617 CP, que recogía la falta de malos tratos, introduciendo la posibilidad de la aplicación de la misma

¹⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M. afirma que no afectaba a la habitualidad del delito de malos tratos habituales, “cuyos efectos se limitan a lo previsto respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, pese a que su contenido se corresponde con el criterio jurisprudencial dominante a propósito de los delitos de hábito”. En QUINTERO OLIVARES, G. (VV.AA). *Comentario al Código Penal de 1995*. 2ª edición. Madrid: Aranzadi. 2005. pp. 752-753.

pena accesoria contemplada en el Art. 57 CP, con una duración menor –de tres meses hasta un año–, por el motivo de tratarse de una falta¹⁴⁶.

5.2.3. El I Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica.

En este contexto, si bien un año antes de la publicación de dicha Ley, debe incluirse el I Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998. Este Plan encuentra su origen en los acuerdos adoptados en la Conferencia Sectorial sobre Violencia que tuvo lugar el 20 de abril de ese año, así como en una serie de medidas urgentes menores dictadas contra los malos tratos a las mujeres¹⁴⁷.

Para la elaboración de este Plan se contó con la participación de varios Departamentos Ministeriales y Comunidades Autónomas bajo la coordinación del Instituto de la Mujer, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El Plan intentó salir al paso de las situaciones de violencia doméstica que por entonces ya se venían dando a conocer, así como a la demanda social que dichas conductas levantaba. El Plan aunaba las medidas necesarias para erradicar dicha violencia y arbitraba los recursos sociales necesarios al efecto; se incluían acciones dirigidas a la modificación tanto de varios preceptos del Código Penal, como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al objeto de erradicar las acciones susceptibles de ser calificadas de malos tratos, al tiempo que brindaba a las víctimas una mayor y mejor protección¹⁴⁸.

Con este Plan, el Gobierno quiso dar respuesta a las justas exigencias sociales para la erradicación de este tipo de delincuencia. Se recogían, así, los objetivos y medidas que están en su poder para realizar un intento de limitar dichos delitos y procurar los recursos sociales necesarios para resarcir a las víctimas de los perjuicios generados¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Planet y Robles refiere en este sentido que la modificación consistió en que “a la falta de malos tratos de obra del artículo 617, se añade la posibilidad de que los jueces o tribunales acuerden, cuando la víctima lo solicite, la prohibición de que el condenado se aproxime o comunique con la víctima o con la familia de ésta, o que regrese al lugar en el que tuvo lugar la falta, o al lugar en el que residen la víctima o su familia, si fueran distintos”, en Comentarios a las reformas del Código Penal en materia de delitos sexuales y protección a las víctimas de malos tratos. PLANET y ROBLES, S. *Revista del Cuerpo Superior de Policía*, 6-7. 2000. p. 366.

¹⁴⁷ Osborne Verdugo sostiene que en ese momento, la violencia contra las mujeres se había convertido “en una cuestión política”. OSBORNE VERDUGO, R. De la violencia de “género” a las cifras de la violencia: una cuestión política. *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. nº 14. 2007. p. 6.

¹⁴⁸ Torres Fernández lo considera “el germen de las publicaciones de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril que modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y de la 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Refiere asimismo que “dicho Plan pretendió abordar el problema del maltrato en la pareja de manera global y con un enfoque interdisciplinar, en una primera aproximación o un embrión de lo que unos años más tarde quedará plasmado en la Ley Integral contra la Violencia de Género”. TORRES FERNÁNDEZ, E. Breves reflexiones sobre el tratamiento penal de la violencia de género en las relaciones de pareja. En RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. / BRAVO BOSCH, M. J. *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*. Madrid: Dykinson. 2010. p. 627.

¹⁴⁹ Este primer Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica que abarcó, según vemos, un período de dos años, es el responsable de la puesta en marcha multitud de actividades formativas, con implicación de diversos profesionales interviniendo en el campo de la atención y la prevención. Se crearon igualmente vinculados a los Cuerpos de la Policía y la Guardia Civil varios servicios de atención especializada. Se habilitaron centros de acogida y centros de información u Oficinas de asistencia a las víctimas en Juzgados y Fiscalías. Otra aplicación de este I Plan fue una macroencuesta a nivel nacional sobre la

La actuación del Gobierno quedaría además complementada por la de las Comunidades Autónomas y la Federación de Municipios y Provincias que colaboraron en la confección del Plan de Acción, conocedoras de los recursos que les son propios, así como las necesidades específicas propias de su territorio.

5.2.4. Situación en el Código Penal del delito de violencia doméstica.

En cuanto a la regulación penal del delito de referencia, el vigente Código Penal, al igual que el inmediatamente anterior, situó el delito de violencia doméstica dentro del Título de las lesiones, ubicándolo en el Art. 153, por el cual se castigaba con pena de prisión de seis meses a tres años “*a quien habitualmente ejerciera violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se hallara ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieren o estuvieren sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro*”. Aparte de verse incrementada la pena, se aprecia en la redacción del artículo la ampliación de los sujetos susceptibles de ser víctimas, siéndolo así tanto los ascendientes como los menores, pupilos o incapaces sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de cualquiera de los miembros de la pareja del actor. Vemos también, a modo de novedad en los sujetos activos, la inclusión de la figura del curador, y el imperativo de que la relación, en cuanto a las personas unidas de hecho, sea *estable*, así como la añadidura de una fórmula concursal por la cual la pena propia del delito de maltrato se aplicará junto al castigo correspondiente por el resultado lesivo materialmente causado, si bien sigue sin incluir los actos violentos de carácter psíquico, cuando ya la propia realidad arrojaba el dato de producirse éstos de manera más frecuente que los meramente físicos.

En el tipo, no se hacía aclaración alguna sobre qué debería entenderse por la expresión *habitualidad*,¹⁵⁰ si bien el nuevo Código Penal ofrecía una definición de la misma en el Art. 94, sin que se pusiese entonces de acuerdo la doctrina sobre si dicho concepto podía aplicarse sin más al término *habitualidad* según se exige en el Art. 153 que estudiamos¹⁵¹.

violencia, en la que se reflejaba que los malos tratos no son de carácter esporádico, y que más del 70% de las mujeres que sufren violencia doméstica lo hacen durante más de 5 años.

URL:<http://www.carm.es/ctra/cendoc/doc-pdf/web/web-0004.pdf> (Consultado: 2-9-2013).

¹⁵⁰ Para Muñoz Conde “el nuevo precepto representa más que un nuevo delito, una cualificación de las faltas de malos tratos, recogida en el art. 617.2.21, a la que se le añaden las notas de la habitualidad”. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 121.

¹⁵¹ En la reforma que del vigente Código Penal hace la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se encuentra el citado Art. 94, recogiendo que: “A los efectos previstos en la Sección 2ª de este Capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al art. 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”. Por ello, tan sólo se refiere esa habitualidad respecto a los casos de la Sección 2ª, es decir, a la sustitución de las penas privativas de libertad, cuando antes también se refería a la Sección 1ª para la suspensión de la ejecución de la pena. *Vid.* MAGRO SERVET, V. Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica. *Diario La Ley*, nº 5914. 2003. p. 4.

5.2.5. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.

Este artículo fue revisado y reformado por la segunda de las Leyes citadas, la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley que entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, como vemos, apenas dos meses después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, modificando aspectos ya reformados por la primera, al ampliar, por ejemplo, de nuevo, el número de víctimas potenciales del delito, ya que ésta matizaba que la relación matrimonial o asimilada a la misma no tenía porqué seguir vigente para poder apreciarse la conducta enjuiciada, permitiéndose la punición aún con la relación terminada, incluyéndose por ello, la posibilidad de que la víctima fuese el excónyuge o la expareja.

El nuevo arreglo introduce la posibilidad de la violencia *psíquica*¹⁵² junto a la física, hecho que, según se ha dicho, venía desde hace tiempo¹⁵³ exigiendo la doctrina. Con dicha inclusión se va a proteger la libertad, la dignidad y la integridad de la persona así como su desarrollo intelectual, dentro del seno familiar, si bien se observa que en el Código Penal no se hace una definición del nuevo concepto de la violencia psíquica¹⁵⁴.

La nueva redacción del artículo cambia asimismo el concurso de delitos según se recogía anteriormente, que pasará ahora a considerarse como concurso real de delitos, castigándose en adelante no solo por los resultados lesivos producidos, sino por cualquier delito o falta en que la conducta agresiva además hubiere incurrido.

Además incluye como novedad una forma de determinar el concepto de la habitualidad –si bien, estrictamente, no lo define–, cual es la que tiene en cuenta el número de actos lesivos constatados, su proximidad temporal, la no exigencia de que la persona de la víctima fuese siempre coincidente y la irrelevancia de que tales actos violentos hubiesen sido ya enjuiciados¹⁵⁵. Por otra parte, al haber ampliado dicha reforma en el Art. 57 CP el elenco de penas, incluyendo como

¹⁵² Para Benítez Ortuzar “la tipificación como delito específico de la violencia psíquica, con total equiparación a la violencia física, constituye realmente la modificación de la legislación penal material que en el marco de la incriminación de la violencia doméstica se produce con la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal”. BENÍTEZ ORTUZAR, I. La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica. En MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa. 2002. pp. 231 y ss.

¹⁵³ Campos Cristóbal sin embargo se muestra contraria a dicha inclusión: “La introducción de la violencia psíquica resulta criticable porque genera inseguridad jurídica, problemas de proporcionalidad de pena y problemas desde el punto de vista de intervención mínima”. CAMPOS CISTÓBAL, R. Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico. *Revista Penal* n° 6. 2000. p. 25,

¹⁵⁴ Para Del Moral García nos encontramos ante “una expresión poco nítida y la interpretación ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada que produjese una panjudicialización convirtiendo en diligencias previas por maltrato habitual toda vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas, o una interpretación tan restrictiva que exigiere la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo llevada a cabo en 1999”. DEL MORAL GARCÍA, A. Aspectos penales de la violencia doméstica. La acusación del Ministerio Fiscal. En *Encuentros “Violencia Doméstica”*. Madrid: CJPJ. 2004. p. 478.

¹⁵⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., exige una “mayor reiteración, repetición o continuación de los actos, para apreciar la habitualidad”. *Ob. Cit.* Aspectos penales de la violencia doméstica. La acusación del Ministerio Fiscal. p. 479.

pena accesoria y como medida de seguridad a imponer a los autores de los delitos en estudio la de la prohibición de aproximación a la víctima o los familiares de la misma que determine el Juez, o a comunicarse con ellos, el artículo se amplía igualmente en cuanto al castigo a dichos infractores.

La Ley da, por todo ello, una nueva redacción al Art. 153, que si bien conserva el mismo número e idéntica ubicación, es profundamente modificada, quedando de la siguiente forma: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él 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 corresponderle a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”¹⁵⁶.

La reforma afecta directamente a muchos de los contenidos del en ese momento recién derogado Art. 153, que decía: “*El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla 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*”.

Y por ello, separándose determinadamente del antiguo artículo 425, ya visto, del Código Penal 44-73: “*El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física, sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor*” (de uno a tres meses)¹⁵⁷.

La multiplicación de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga una relación estable de afectividad¹⁵⁸, constituye esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de meras

¹⁵⁶ Curiel López de Arcaute, A., recoge que “éste hubiera sido el momento idóneo para incluir en el C. Penal, tomando como referencia el trabajo de Finkelhor, D. y Korbin, J., fechado en 1998: el maltrato físico (violencia y otras acciones humanas no accidentales, proscritas, que ocasionan sufrimiento y que son capaces de causar heridas o lesiones permanentes para el desarrollo o el funcionamiento), la negligencia física (ausencia de provisión de los recursos necesarios y socialmente disponibles debida a acciones humanas proscritas que suponen la aparición de daños permanentes en el desarrollo y funcionamiento) y los abusos sexuales (cualquier contacto sexual realizado a través del uso de la fuerza, amenaza)”. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A., citando a VELÁZQUEZ MARTÍN, A. (y Cools): *Los Juzgados de violencia contra la mujer*. Últimas modificaciones sociales y legislativas. En *Ob. Cit. Violencia doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 130.

¹⁵⁷ Donde vemos que aquel artículo sólo hacía referencia a los actos de violencia física, exigiendo para su aplicabilidad la existencia de “convivencia presente” entre los sujetos activo y pasivo. Así únicamente, castigaba el hecho de la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.

¹⁵⁸ Fuentes Soriano incluye las relaciones de noviazgo, incluso las no vigentes durante los hechos. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 44.

faltas, ya que lo que van a generar, por su repetición, es un clima sistemático de maltrato, no solo por lo que comporta de ataque a la integridad física o psíquica de las víctimas sino, en esencia, por lo que implica de vulneración de los deberes innatos de respeto entre las personas unidas por vínculos familiares y por la negativa incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de cualquier persona y la protección a la familia¹⁵⁹.

La Ley, en el ordenamiento procesal penal, crea el Art. 544 bis LECrim, donde vemos regulada dicha medida de alejamiento.

5.2.6. El II Plan Integral contra la Violencia Doméstica.

Posteriormente, y teniendo en cuenta las recomendaciones hechas tanto desde el Consejo General del Poder Judicial como desde la Fiscalía General del Estado, el Gobierno Español presentó en el año 2001 el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001–2004), propuesto por los ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Interior, Justicia, Educación, Cultura y Deportes y, Sanidad y Consumo, con un presupuesto de actuación de 13.072 millones de pesetas (78,6 millones de euros), con la pretensión de continuar la senda emprendida por el primero, y subsanar sus imperfecciones, fruto del cual ha sido la aprobación de múltiples leyes que regulan los delitos cometidos en el seno familiar, y que veremos tras un análisis previo del Convenio de 26 de septiembre de 2002, por el que se crea el Observatorio sobre Violencia Doméstica y de Género, el cual pretende otorgar mayor eficacia a las actuaciones que por separado realizaban las instituciones aludidas en relación a este tipo de violencia, para lograr una lucha más eficiente y su deseable paulatina erradicación.

5.2.6.1. Normativa como consecuencia del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica.

De acuerdo con lo antedicho sobre la aprobación de múltiples leyes a raíz del II Plan Integral contra la violencia doméstica (2001-2004), de entre éstas, destacan como principales:

a) Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la creación del Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos, habilitada para el procesamiento por delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas recogidas en el Art. 173.2 CP¹⁶⁰. Dicha Ley reforma asimismo los Arts. 14 y 104 LECrim en orden a obtener una mejor

¹⁵⁹ Recoge la STS 927/2000, de 24 de junio, (Razonamiento único), que “el bien jurídico protegido en este caso es la preservación del ámbito familiar como una unidad de amor y libertad y ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad es, en definitiva, la paz familiar y dice “lo que se sanciona (con el Art. 153) es la actitud que convierte la atmósfera familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación pues, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder que una persona ejerce sobre su pareja y los menores convivientes”.

¹⁶⁰ Jaén Vallejo aclara que “siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el Art. 153, o del Art. 623 (hurto) cuando sea flagrante, no habiéndose iniciado el procedimiento por denuncia o querrela, sino que haya sido la propia Policía judicial la que haya tenido noticia de un hecho que presente las características de alguna de las mencionadas faltas. Aquí, la citación a juicio se produce en el mismo atestado”. JAÉN VALLEJO, M. Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2004, p. 6.

distribución de la competencia para el conocimiento de las faltas y para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, respectivamente, intentando evitar la victimización secundaria¹⁶¹ de las víctimas de violencia doméstica menores de edad, evitando que el imputado y el menor de edad maltratado se encuentren en el mismo lugar durante algún momento del proceso.

b) Ley 27/2003, de 31 de junio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, que, dada su trascendencia para la materia que nos ocupa, será posteriormente desarrollada. Aquí diremos que la orden de protección implica un instrumento legal que se revela necesario para la protección de las potenciales víctimas de la violencia doméstica de cualquier tipo de agresión. Esta Ley innova en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Art. 544 ter, por el que se define la orden de protección de este tipo de víctimas cuya finalidad consiste en que a través de un procedimiento judicial sencillo que tiene lugar ante el Juzgado de Instrucción, la víctima pueda conseguir un estatuto integral de protección que aúna una acción cautelar de naturaleza civil y penal, activando al mismo tiempo los mecanismos de protección social previstos a favor de las víctimas por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. Para ello, se barajó la posibilidad de la creación de un *registro central* para la protección de las víctimas de violencia doméstica, cuyo cometido era la inscripción de la orden de protección así como de cualquier hecho relevante a los efectos de protección de los sujetos pasivos de este tipo de delincuencia. Dicho proyecto de creación de registro vio la luz con la publicación del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

c) 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 vino a modificar igualmente la protección brindada en el Art. 153 CP¹⁶².

Sin perjuicio de un examen posterior más pormenorizado, daremos aquí las primeras notas que en cuanto al momento de su promulgación supuso. La propia exposición de motivos de la Ley aclara que el objeto de la reforma era el propósito de abarcar todas las posibles manifestaciones de la violencia familiar, teniendo en cuenta tanto los efectos preventivos como los represivos, incrementándose así la penalidad prevista e incluyendo todas las conductas asimilables a dicha actividad delictiva.

La Ley es la responsable de la creación del vigente Art. 173.2 CP, llevando allí la redacción anterior propia del Art. 153, sustituyendo el Art. 173.2 dentro del Título VII, de las Torturas y los delitos contra la Integridad Moral, con

¹⁶¹ Subijana Zunzunegui ofrece una definición del concepto, como “los daños de origen físico, psíquico, social o económico, originados a la víctima de un delito por el sistema estatal de justicia”. SUBIRANA ZUNZUNEGUI, I. Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, 3ª Época, n.º 54, P. 168.

¹⁶² Modificación según se verá no exenta de polémica constitucional, que hizo dictar al Tribunal Constitucional el ATC 233/2004, de 7 de junio, en el que se recogía, en relación a la nueva penalidad prevista que “en sede de analizar la existencia o inexistencia de la aludida proporcionalidad de las sanciones y penas correspondientes a los hechos tipificados en el Art. 153 CP hay que ahondar en si existe un sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza, para lo cual habrá que apelar a dos factores, a saber: 1. Si resulta innecesaria una reacción de tipo penal, o, 2. Si es excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación a la entidad del delito cometido”.

lo que se aclara cuál es el bien jurídico por él protegido. La situación entonces pasó a consistir en la creación de un delito de malos tratos habituales, ahora el 173.2 y 3, con el texto del anterior 153, y un nuevo delito de malos tratos no habituales, recogido en el nuevo texto del 153, pasando a considerar delito de lesiones la anterior conducta de falta de lesiones, de malos tratos o de amenazas leves, cuando la víctima fuese alguna de las personas recogidas en el Art. 173.2 CP.

Si bien el objeto de protección del Art. 173.2 va a tener lugar en la generalidad de los casos, en el ámbito familiar o asimilado, y habida cuenta de que el vigente Código Penal posee un título con la rúbrica “Delitos contra las relaciones familiares”, no ha sido, sin embargo, incluida dicha conducta en este referido Título¹⁶³.

Se amplía así mismo nuevamente el número de penas a imponer, añadiendo la de trabajos en beneficio de la comunidad¹⁶⁴ –siempre como alternativa a las demás, para atender el mandato constitucional de la prohibición de los trabajos forzados recogido en el Art. 25.2–, añadiéndose como prescriptiva, la de la prohibición a la tenencia y porte de armas. Se añade también como facultativa para el Juez o Tribunal la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por espacio de seis meses a tres años.

Por ello, la situación creada consistió en la siguiente: un Art. el 153 que castigaba las acciones que implicaban el causar a otro menoscabo psíquico o lesión que no entrañara la condición de delito según el Código Penal, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, y siempre que la víctima fuera alguna de las personas recogidas en el texto del Art. 173.2 –manteniéndose como mera falta siempre que la conducta tuviese lugar fuera del ámbito familiar–¹⁶⁵, y un nuevo Art., el 173.2¹⁶⁶, que recogía, y para los mismos sujetos, la conducta consistente en ejercer habitualmente violencia física o psíquica. Al respecto, Tamarit

¹⁶³ En opinión de Ramón Ribas, la inserción de los delitos de violencia habitual, aun cuando lo fueran exclusivamente en el ámbito doméstico, entre los delitos contra las relaciones familiares ocultaría la verdadera naturaleza de aquellos, cuyo injusto lo constituye como indica la rúbrica del Título VII, la lesión a la integridad moral. RAMÓN RIBAS, C. *Violencia de Género y Violencia Doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 61.

¹⁶⁴ Sobre lo que de Paúl Velasco escribió que: “la diferencia de tres meses en el límite mínimo de la pena privativa de libertad asignada al tipo básico de los distintos delitos olvida que la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad es de igual duración en todos los casos para los hombres y mujeres”. PAÚL VELASCO, J. M. Aspectos penales de la L.O. 1/2004: Experiencias de aplicación. En LAURENZO COPELLO, P. (Dir.) MOLINA CABALLERO / SILLERO CROVETTO (Coords.) *Jornadas sobre la aplicación de la Ley Integral de Violencia de Género*. Universidad de Málaga, 17 y 18 de abril de 2008. pp. 217-218

¹⁶⁵ Por ello, el Art. 153 acoge en estos casos concretos lo asignado a los Arts. 617 y 620.1º CP, aplicable sólo cuando se trata de sujetos no recogidos en el 173.2. El ATC 233/2004, de 7 de junio, entra a valorar la cuestionable proporcionalidad en la sanción, al permitir el Código imponer pena privativa de libertad a una conducta idéntica a la recogida en el Libro III, de las faltas.

¹⁶⁶ Sobre el nuevo tipo, ACALE SÁNCHEZ, M., ha señalado que “el novedoso y todavía vigente tipo penal del artículo 173. 2 es un tipo penal que no tiene ni pies ni cabeza, porque no tiene cuerpo”, en *Reformas en materia de malos tratos: los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar*, en una conferencia impartida en el marco de las Jornadas de Derecho penal “Las reformas penales de 2003 y el Derecho penal del siglo XXI”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña los días 25 y 26 de noviembre de 2004.

Sumalla¹⁶⁷ valora que ésta se trataba de “la cuarta versión de los delitos de violencia doméstica en el período comprendido entre los años 1989 y 2003, cada una de las cuales ha supuesto un incremento punitivo y una ampliación de los presupuestos de intervención penal respecto del anterior”.

Como motivo más determinante para haber convertido, dentro del Art. 153, dichas faltas en delito se apunta a la imposibilidad de aplicar a las faltas las medidas cautelares recogidas en el Art. 544 bis LECrim.

Con todo, lo definitivo en los dos artículos es la relación que existe entre autor y víctima. Por ello, la Ley Orgánica 11/2003 modificó el texto del novedoso Art. 173.2 CP, haciendo que su ámbito de aplicación alcanzase a los casos en los que el sujeto pasivo estuviese o hubiese estado *unida* al autor por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, a los malos tratos reiterados que se cometan sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encontraran sometidas a custodia en centros públicos o privados, así como todos los casos en que la violencia habitual se ejerciese sobre cualquier persona que conviva en el núcleo familiar del sujeto activo¹⁶⁸. Igualmente se modificó la penalidad prevista en el tipo, incluyéndose la privación de la tenencia y porte de armas y la inhabilitación especial para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, al igual que lo hacía la nueva redacción del Art. 153.

Se añadió igualmente una penalidad agravada, la imposición de la pena en su mitad superior para el caso en que la conducta referida en ambos artículos hubiese tenido lugar en presencia de menores; utilizando armas; en el domicilio común de la víctima; o quebrantándose alguna pena de las previstas en el Art. 48 CP.

Por todo ello, el resultado de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, que diferenciaban si había existido o no habitualidad, implicó la separación en dos las posibilidades de causar violencia en el seno familiar, recogándose en dos títulos distintos (tercero y séptimo) del Libro II del Código Penal, cuya consecuencia fue la apertura de un debate en cuanto al bien jurídico que se pretendía proteger.

Con ello llegamos a la última de las reformas vividas a fecha de hoy por este delito, la operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral¹⁶⁹ contra la Violencia de Género, que será después examinada. Basta ahora decir, en orden a su momento histórico, que supuso una importante reforma en el ámbito penal sustantivo. Así, en cuanto a la materia que nos ocupa, modificó el Código Penal en lo siguiente: El Art. 36 de la propia Ley, que tiene como rúbrica “Protección contra las lesiones” modificó el Art. 148 CP al crear nuevos supuestos que agravarían las lesiones, las contenidas en los números: 4. “Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, y 5 “Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. El Art. 37 de la Ley, referido a la

¹⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M. Artículo 173. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) (AA.VV), *Comentarios al nuevo Código Penal*. Madrid: Aranzadi. 1996. p. 792.

¹⁶⁸ La STS 947/2000, de 24 de junio, califica este tipo de delitos como “especiales propios”.

¹⁶⁹ Apelativo que se tradujo en el ofrecimiento a la víctima de la violencia de género de una protección que no se agota en el ámbito penal, sino que también le brinda medidas de sensibilización, prevención y detección (Título I), un catálogo de derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género (Título II) y una previsión de tutela institucional (Título III) y judicial (Título V).

protección contra los malos tratos otorga un nuevo contenido al propio Art. 153 CP, al tipificar las conductas consistentes en las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos. El Art. 38, continúa recogiendo la protección contra las amenazas, y añade tres nuevos apartados al Art. 171 CP. La reforma continúa con el añadido que hace el Art. 39 de la Ley, en relación con las coacciones, al Art. 172 CP, el cual amplía el segundo párrafo.

Y, en fin, el Art. 41 –que regula la protección contra las vejaciones de carácter leve–, altera los términos del artículo 620, del Libro III del Código Penal: “En los supuestos del número 2 de este artículo (Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito), cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el Art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

Reforma que se completa con los cambios operados en los Arts. 83 y 84 CP (relativos a la suspensión de penas); 88 CP (relativo a la sustitución de penas), 468 CP (quebrantamiento de condena) y 620 CP (falta de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas).

La organización por esta Ley de los Juzgados de Violencia Contra la Mujer intenta salir al paso de la descoordinación que existía hasta entonces entre el Juez de Instrucción y el Juez Civil o el de Familia, al objeto de otorgar mayor efectividad a las resoluciones judiciales¹⁷⁰, saliendo al paso de acontecimientos pasados, carentes de sentido como el que se dictase para alguien una orden de alejamiento de la víctima si una resolución judicial civil posterior establece un régimen de visitas y al padre condenado se le reconoce el derecho a acudir al domicilio de su exmujer o excompañera a recoger a los hijos comunes.

El resultado es que en un período de quince años el legislador no ha cesado en la labor de la introducción de reformas en el Código Penal, en un intento de atajar el creciente fenómeno delictivo en estudio. La conclusión es un paulatino endurecimiento del castigo¹⁷¹ a dichas conductas, por la vía de la ampliación del número de víctimas consideradas propias del ámbito familiar o por la del propio endurecimiento de las penas asignadas, lo que nos lleva a posibles debates relativos al principio de la proporcionalidad, así como a una posible vuelta al Derecho Penal de autor, trayéndose aquí la frase de Fernández García “Estas modificaciones donde se establecen diferencias de ejecución según el tipo de delito son abiertamente censurables, puesto que suponen una regresión encubierta al denominado Derecho penal de autor”¹⁷².

¹⁷⁰ Su labor se complementa con la Circular número 4 /2005 de la Fiscalía General del Estado, que sienta las bases de actuación de la Fiscalía en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

¹⁷¹ Fernández Pantoja recoge que “entre 1999 y la siguiente reforma, que se realizaría en el año 2003, las penas previstas iban de seis meses a tres años de prisión junto con las que correspondieran por las lesiones físicas o psíquicas ocasionadas”. FERNÁNDEZ PANTOJA, P. El sistema de tutela ante la violencia de género. En JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.). *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. p. 247

¹⁷² FERNÁNDEZ GARCÍA, J., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I y ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. (Coords.). *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca. Universidad de Salamanca. 2001.

La siguiente Ley procesal penal que viene a regular materia relacionada con las conductas en estudio sería la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

El Art. 503.1.3º LECrim recoge que la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando “(...) se persiga evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP”.

En este artículo de la LECrim no se especifica a qué bienes jurídicos se refiere, pero va a ser aplicable siempre en tanto en cuanto se encuentren en juego bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física o psíquica, la libertad, la intimidad o el honor.

El límite previsto en el citado Art. 503.1 (“que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”), no será exigible cuando se esté ante un delito de malos tratos, pudiéndose decretar la prisión provisional siempre que se prevea que el imputado pueda cometer un nuevo delito que atente contra los bienes jurídicos de la víctima, a modo de medida cautelar prevista al efecto de evitar reiteración de estos hechos en el futuro¹⁷³.

6. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA UNIÓN EUROPEA:

6.1. Normativas propias de los Estados miembros de la UE.

En sus inicios, la regulación europea sobre la violencia doméstica se basó en una serie de medidas de índole coercitiva que se concretaban en la expulsión del domicilio del actor maltratante, sin tener en cuenta, ni los deseables aspectos preventivos de la norma, ni la posterior atención a las víctimas, desde una actuación *post facto* al hecho ya cometido. Así, podríamos dividir las regulaciones europeas en la materia, entre aquellas que se basan en el ofrecimiento a la víctima de acciones jurídicas para evitar nuevas agresiones, una vez éstas han comenzado, y las que se fijan en las medidas tendentes a reparar el daño y a la sanción al agresor. Ambas, eligen un distinto camino, el recurso a la vía penal, para el castigo de los hechos con un posterior apoyo en el ámbito civil para el establecimiento de medidas de protección a las víctimas, o la consideración de los episodios de maltrato principalmente desde el punto de vista civil, si bien dando paso al castigo penal de los concretos hechos delictivos en que eventualmente deriven las agresiones.

El primero de los dos caminos ha sido el mayoritariamente elegido por las incipientes legislaciones europeas en orden a atajar el maltrato familiar por alguno de sus miembros. El Código Penal de Liechtenstein (LGBL 37/1988) sitúa la violencia familiar dentro del Capítulo de los delitos contra la integridad.

¹⁷³ Situación analizada en la Consulta 2/2006, de 10 de julio de la FGE, “sobre la prisión preventiva acordada en supuesto de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración, donde basa el argumento en la “necesaria protección de la víctima en tales casos, concretado en el grado de peligro objetivo y la peligrosidad objetiva en que se fundamenta”. pp. 222 y ss.

El vigente Código Penal de Noruega¹⁷⁴ la regula dentro del Capítulo dedicado a las lesiones, al igual que hacía el texto punitivo yugoslavo¹⁷⁵. El Código Penal de Alemania incorpora un delito de malos tratos¹⁷⁶ que especifica los propios del ámbito familiar separándolos de las agresiones que puedan tener lugar en el trabajo o en el colegio, pero siempre por la persona que ostente una situación de superioridad sobre la víctima. Por su parte, el artículo 238 de su Código Penal (§238 StGB) incluye la “persecución” (Nachstellung) como delito contra la libertad personal practicable, en principio, a instancia de parte. La persecución de manera autorizada y persistente de una persona se considera punible cuando perjudica gravemente su desarrollo vital y se traduce en: a) Tratar de acercarse a la misma, b) Intentar contactar con ella por medios de telecomunicación o específicos o a través de terceros, c) Encargar bienes o servicios en su nombre. d) Amenazarle con lesionar su vida, incolumidad corporal, salud o libertad o la de alguien de su entorno cercano. e) Realizar cualquier otra conducta similar a las anteriores. Las penas son de prisión hasta tres años o multa, que se convierten en prisión de tres meses a cinco años si concurre peligro de muerte grave menoscabo para la salud de la víctima, de su pariente o de persona allegada.

El Código Penal de Italia, en cuanto a la protección de dichos hechos, incorpora un capítulo dedicado a los “Delitos contra la asistencia familiar”, dentro del apartado dedicado a los Delitos Contra la Familia, castigando específicamente a quien “maltrate¹⁷⁷ a una persona de la familia...”¹⁷⁸ hay que mencionar que la legislación italiana también posee su propia normativa encaminada a la protección de los menores, la *Legge n. 285/97* con el título “Disposizione per la promozione di diritti e di oportunita per l’infanzia e l’adolescenza” que por primera vez se ocupa de manera orgánica de la intervención sobre la infancia y la adolescencia con medidas concretas¹⁷⁹ y

¹⁷⁴ Norwegian General Civil Penal Code. Act of 22 May 1902, N° 10. Capítulo 20: Los delitos graves relativos a las relaciones familiares: § 215. Cualquier persona que con intención ilegal de privar a otra persona del status al que tiene derecho, o de adquirir para sí o para otra persona un estado familiar falso, o accesorio al mismo, será responsable frente a una pena de prisión que no exceda de seis años. Si concurren circunstancias atenuantes, especialmente, pueden imponerse multas.

¹⁷⁵ De 8 de octubre de 1976; Chapter 2: “CRIMINAL CONDUCT AND CRIMINAL LIABILITY”

¹⁷⁶ Sección Decimoséptima: Hechos punibles contra la integridad corporal. Art. 225: Maltrato de sujetos en custodia. “Quien maltrate o atormente a una persona menos de 18 años que: 1. Esté subordinada a su deber de custodia o guarda. 2. Pertenezca a su hogar. 3. Haya sido encomendada por el obligado de la Asistencia Social o su autoridad. 4. Esté subordinada a él dentro de una relación de servicio o laboral. O por negligencia de sus deberes de atenderla, le perjudique en su salud, será castigado con una pena privativa de libertad de seis meses a diez años”. Código Penal Aleman: 15 de mayo de 1871. Ult. modificación: 31 de enero de 1998. Traducción de Lopez Diaz, C. Stragesetzbuch, 32ª Edición. Munich: Deutscher Taschenbuch. C. H. Beck. 1998. p. 82.

¹⁷⁷ Código Penal (aprobado por Decreto Real N° 1398 de 19 de octubre de 1930). Título IX, “Delitos contra la familia”. Capítulo IV: Delitos contra la asistencia familiar. Art. 572: “Quien (...) maltratare a una persona de su familia o a un menor de 14 años, o a una persona sometida a su autoridad, o al confiado por razón de educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, será castigado con una pena de 1 a 5 años. Se agrava la pena si como resultado se produce una lesión corporal grave o la muerte”.

¹⁷⁸ *Vid.* SANTOS ALONSO, J. La violencia jurídica en el entorno jurídico penal y procesal italiano. En TENA FRANCO, I (Coord.) La violencia doméstica, su enfoque en España y en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial 2005. pp. 331 y ss.

¹⁷⁹ Un estudio sobre esta Ley puede consultarse en GIANNINO, P. / AVALLONE, P. *I servizi di assistenza ai minori. La mediazione-L’affidamento-L’adozione e la nuova adozione internazionale-L’adozione abusati-La messa alla prova-la riforma dei servizi sociali-Le figure professionali*, Padova (Italia) Ed. Cedam. 1998. pp. 161-165.

directas de intervención. En concreto, Italia cuenta en materia de defensa de este tipo de intereses con una serie de leyes autónomas, como la Ley 269/1998, que castiga específicamente el delito de pedofilia, la Ley 149/2001 de reforma del instituto de la adopción y la Ley 154/2001 sobre medidas antiviolencia en el interior de la familia¹⁸⁰.

El texto punitivo de la República de Croacia crea un capítulo denominado “Delitos contra el matrimonio, la familia y la juventud”, incluyendo el maltrato doméstico dentro de los delitos contra la familia¹⁸¹. Por su parte, la legislación penal de Luxemburgo contempla dicho delito como un delito más contra las personas, con la posibilidad de una agravación fruto del parentesco que une a las partes¹⁸².

De manera similar, el Código Penal de Dinamarca coloca dichas acciones entre los delitos contra las personas; en este sentido, puede considerarse la legislación danesa como precursora en este campo, pues ya desde una reforma operada en su marco punitivo en 1933, castiga en el Art. 265 de su Código Penal la vulneración de la paz de otro “importunándolo, persiguiéndolo con cartas, o molestando de cualquier forma”¹⁸³. En 2004, el Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres de Dinamarca creó una base de datos para realizar un seguimiento de los actos de violencia contra las mujeres. Mientras, entre 2001 y 2003 se registraron aproximadamente 5.392 casos de violencia contra los niños.

El Código Penal de Grecia, de 1950, se pronuncia en el mismo sentido, ya que considera a todas las personas iguales ante la ley. La violencia doméstica únicamente está cubierta en los casos en los que haya agresiones físicas o lesiones visibles. En la misma dinámica encuadramos el Código Penal de Bulgaria, de 2 de abril de 1968, en cuyo Capítulo IV (Arts. 172 a 193) se regulan los delitos contra el matrimonio, contra la familia y contra la juventud, y el de Hungría, aprobado en 2013, y que deroga el anterior, aprobado por Ley IV de 1978, incluye una protección de la orientación sexual y la identidad de género frente a los crímenes de odio. Si bien la violencia familiar, no está específicamente tipificada, ciertos delitos recogidos en su Código Penal pueden remitir a los procedimientos policiales y judiciales vinculados a la violencia doméstica. Además, algunos delitos característicos de este tipo de violencia, como el acoso, están totalmente ausentes en este Código Penal.

El caso de Bélgica se encuadra entre aquellos que contemplan agravaciones específicas teniendo en cuenta el posible vínculo familiar entre actor y víctima. El Art. 144 bis de su Código Penal recoge lo que allí se denomina como *harcèlement*, término por el que se entiende el acoso u hostigamiento a otro a sabiendas (o debiendo saberse) que afecta gravemente a su

¹⁸⁰ Ley n. 154/2001 de 4 de abril de 2001, de *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari* (Gazz.Uff. 28 aprile 2001, n. 98). Esta Ley puede consultarse en Bocchini, F: *Codice della famiglia e dei minori, Civile-Penale-Tributario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001. pp. 580-582.

¹⁸¹ Código Penal y ley por la que se modifica y complementa el Código Penal (promulgado por la Decisión N° 71-05-03/1-11-2 26 de octubre 2011 y N° 71-05-03/1/12/2 de 19 de diciembre de 2012, BO N° 144/2012, de 21 de diciembre 2012). Capítulo 16: *Primjena kaznenog zakonodavstva za kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom počinjena izvan područja Republike Hrvatske Clanak 16.*

¹⁸² C. Penal de Luxemburgo, 18-6-1879. Libro Segundo. Cap. Infracciones. Arts. 392 a 417.

¹⁸³ GIBBONS, S. Freedom from fear of Stalking. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6, 1998. pp. 138 y ss.

tranquilidad o estabilidad. Aun así, tras una reforma operada en el Código Penal en enero de 2003, éste permite otorgar la propiedad del domicilio familiar a las víctimas de la violencia doméstica. Por otra parte, el artículo 405 c) del Código incluye el contexto familiar como un factor agravante en los casos de violencia contra los niños, y el Art. 398 proscrib el castigo corporal. Otros Códigos penales europeos, contemplan atenuantes específicas que amparan a la víctima del maltrato que recurre a la fuerza para defenderse de su agresor y que llegue a lesionarle; estos serían los casos del Código Penal de Islandia¹⁸⁴ o Letonia¹⁸⁵.

Otro grupo de Códigos penales recogen en su articulado una específica protección de los miembros de la familia que conviven con el actor y que se convierten en víctimas de sus ataques violentos. Entre ellos se sitúan el ya analizado Código Penal de España, el Código Penal de Finlandia¹⁸⁶, el Código Penal de Polonia¹⁸⁷ –texto que por su parte contiene una declarada lucha contra la violencia en el ámbito familiar, caracterizada por una elevación de las penas asignadas, de entre uno y 5 años de prisión, la persecución de oficio de la misma y una detallada regulación de la asistencia a las víctimas de estos delitos¹⁸⁸, y el texto de Portugal¹⁸⁹. No olvidemos que estas legislaciones incorporan, junto con la regulación penal, además un refuerzo civil de protección del estatus de las víctimas cuyo objetivo es evitar nuevas aproximaciones del agresor intentando salir al paso de posibles nuevos ataques. Países como Alemania, poseen incluso una norma aparte cuyo destino son los familiares que ya han sufrido agresiones pasadas, la *Gewaltschutzgesetz*¹⁹⁰, que regula la figura de la orden de alejamiento; en Italia la ya analizada *Ley 154/2001 de 4 de abril de 2001, de Misura contro la violenza nelle relazioni familiari*¹⁹¹, que contiene órdenes de protección y determinadas sanciones civiles en caso de incumplimiento; o en Francia la *Loi 2006-399*¹⁹², que igualmente regula el posterior alejamiento del agresor frente a las víctimas junto a varias medidas de protección civil.

El resto de Estados europeos ha elegido *principalmente* la vía civil para la

¹⁸⁴ Ley nº 19 del 12 de febrero de 1940 (General Penal Code. Act nº 19, of 12 February 1940). Chapter XXI. Offences against Family Relationships.

¹⁸⁵ Código Penal de 17 de junio de 1998 (Kriminallikums –ar grozījumiem 1998 gada 17. jūnijš), modificado por última vez el 6 de junio de 2009.

¹⁸⁶ The Criminal Code of Finland (39/1889, amendments up to 927/2012 included) Chapter 18 - Offences against family rights.

¹⁸⁷ Código Penal del 6 de junio de 1997, que deroga el Código Penal de 1969. En dicho Código se refuerza en general la protección de la dignidad humana, al mismo tiempo de la víctima y del autor del delito. En su Parte especial (arts. 117 - 316) se recogen los delitos que atentan contra las costumbres, la familia y la tutela, el honor y la inviolabilidad corporal.

¹⁸⁸ Sin embargo, Gruszczynska recoge a pesar de ello, que “la realidad polaca no ha visto descender los casos de violencia familiar”. GRUSZCZYNSKA, B. La violencia contra las mujeres. Perspectiva polaca e internacional. En *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. 2008. pp 109-110.

¹⁸⁹ Decreto-Ley nº 400/82, de 23 de Septiembre, modificado por última vez por Ley nº 59/2007, de 4 de Septiembre.

¹⁹⁰ Álvarez Sánchez aclara: “Literalmente, Ley para la protección civil frente a la violencia. Obliga al agresor a abandonar el hogar”. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, P. *El marco legal alemán que fomenta la igualdad de género: Un marco conservador e insuficiente*. Druck und Bindug: Books on demand GmbH, Nordestedt. Germany. 2010. p. 13

¹⁹¹ Gazz.Uff. 28 abril 2001, nº 98.

¹⁹² *Loi du renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*. Aprobada el 4 de abril de 2006. Recoge disposiciones relativas, por ejemplo, al desalojo del cónyuge violento del hogar.

lucha contra la violencia familiar. El argumento más habitualmente esgrimido se basa en que al considerarse el recurso penal como la última *ratio* que debe emplear un estado frente a la infracción, ésta va a relegarse exclusivamente a casos extremos, reputándose incapaz de atajar el aspecto cotidiano de la violencia en estudio, condicionando además la labor de las instancias encargadas de su persecución y enjuiciamiento, que terminan en múltiples casos por considerarlas como asuntos de índole privada. La plasmación extrema de dicha afirmación serían los casos en los que, ante la falta de intervención penal se opte por el asesinato del agresor, como única manera de frenar la violencia en el hogar¹⁹³. Por ello, el recurso a la vía civil se interpreta como el más accesible, dinámico y cercano al problema doméstico, en cuanto a la inmediatez del dictado de medidas de protección para las víctimas.

De acuerdo con dicha concepción se hallan las legislaciones nacionales de países como Austria, que ya en 1997 publicó la Ley Federal Contra la Violencia en la Familia¹⁹⁴, ley pionera en Europa, tanto para la puesta de relieve de dicha forma delictiva, como para la creación de todo un marco normativo que intentaba frenar los casos de abuso doméstico, y que contempla medidas como el abandono del hogar del familiar violento, la prohibición de aproximación al mismo, y un elenco de ayudas económicas, médicas y psicológicas a las víctimas¹⁹⁵. En Hungría, según se ha dicho, la violencia doméstica, no está cubierta por su legislación penal. No obstante, existe una serie de instrumentos específicos para la protección de la infancia en el seno del hogar, como la Ley de Protección de los Niños y la Administración de Asuntos de Tutela de 1997¹⁹⁶, que prohíbe todos los tipos de trato inhumano o degradante, y los protege frente a los actos violentos que incluyen “los castigos corporales, métodos de enseñanza o formas de trato crueles, inhumanos o degradantes”.

En la órbita anglosajona, por la propia existencia de la *Common law*, los casos se deben resolver tomando como referencia las sentencias judiciales previas, en vez de someterse en exclusiva a las leyes escritas realizadas por los cuerpos legislativos, si bien ello implica ciertas diferencias con el Derecho Civil. Por ello, el juez goza en cada caso concreto de un mayor margen de maniobra. No obstante, los ordenamientos de *Common Law* (Escocia, Irlanda del Norte, Inglaterra y Gales) han creado reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima, que dieron lugar a excepciones denominadas *de relaciones familiares* o de *Domestic Relations*¹⁹⁷, o

¹⁹³ Situación que existe en Reino Unido, donde muchas mujeres internas en los diferentes centros penitenciarios lo están por haber recurrido al asesinato o a las lesiones como forma de frenar el maltrato en el hogar, según The Fawcett Society, *Joining Up Services for Women Offenders at a Local Level. Report from the Gender and Justice Policy Network Seminar (26 de noviembre de 2001)*. p. 9 (declaración de Val Keitch, Women’s Policy Group, HM Prison Service).

¹⁹⁴ Ley Federal sobre protección contra la violencia en la familia, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1997. La ley fue modificada en 1999, 2002 y 2004. Una enmienda de 2003 a la Ley de Orden de Ejecución Forzosa reforzó la protección contra la violencia familiar, ampliando las disposiciones sobre violencia doméstica a todos los miembros de la unidad familiar y parientes cercanos.

¹⁹⁵ Ley analizada de manera pormenorizada por MONTALBÁN HUERTAS, I. *Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. pp. 73-75.

¹⁹⁶ Ley N° XXXI de 1997 sobre la protección de menores y la tutela. *Vid* asimismo Decreto de ley n° 149 del 10 de octubre de 1997 sobre tutela, protección a la infancia y procedimiento de tutelas.

¹⁹⁷ HERRING, J. et al (Eds), *Landmark Cases in Family Law*. Oxford: Hart Publishing. 2011. pp. 211 y ss.

a una serie de leyes específicas que regulan los posibles conflictos surgidos, como la *Civil Partnerships Act 2004*, la *Matrimonial Causes Act 1973*, la *Children Act 1989*, la *Child Support Act 1990*, la *Family Law Act 1996*, o la *Protection from Harassment Act 1997*.

Debe aclararse que en este segundo grupo de normativas, la regulación es principalmente de naturaleza civil, y únicamente cuando falla la aplicación de esa norma, dando lugar a un estado de peligro que se encuentre tipificada penalmente en su caso, se acudirá a la vía del Derecho Penal en un entendimiento pleno del mismo como el último resorte de un Estado ante el hecho ilícito.

6.2. Programas europeos contra la violencia doméstica.

La Unión Europea, en cuanto comunidad política establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el 1 de noviembre de 1993, ha participado activamente desde 1996 en el desarrollo de un planteamiento completo y pluridisciplinar para la prevención de la violencia en el ámbito doméstico. Para ello ha sido necesaria la implementación una diversidad de medidas preventivas, entre las que se incluyen tanto la protección legal explícita para todas las personas implicadas, como un conjunto de medidas para asegurar la protección, el apoyo y la asistencia a las víctimas.

La Comisión Europea, –como institución ejecutiva de la Unión Europea, y órgano responsable de proponer la legislación, la aplicación de las decisiones, la defensa de los tratados constitutivos y, en general, encargada del funcionamiento ordinario de la Unión–, consideró, a través de su Estrategia Marco Comunitaria para la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001–2005)¹⁹⁸, que para cambiar las actitudes sociales respecto a la violencia contra las mujeres incluido el tráfico de mujeres y niñas, iban a ser cruciales las medidas preventivas a largo plazo¹⁹⁹ dirigidas a combatir las desigualdades entre hombres y mujeres en la vida económica, política, civil y social. Para ello, la estrategia marco se basa en un doble planteamiento:

1) Por un lado, la finalidad de integrar la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias que influyen directa o indirectamente en el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres (principio de intervención proactiva o *mainstreaming*, integración de la perspectiva de género); y

2) Por otro, la estrategia marco propone, la puesta en marcha de acciones específicas en favor de las mujeres que siguen siendo necesarias para eliminar las desigualdades persistentes.

En materia de violencia doméstica, los programas e iniciativas puestos en práctica por la Comisión Europea, son:

1) Programa Stop: los objetivos del Programa Stop son tanto estimular, apoyar y reforzar las redes y la cooperación práctica entre el personal responsable de la acción contra la trata de mujeres y niñas y la explotación sexual infantil en

¹⁹⁸ COM (2000) 335 final (no publicada en el Diario Oficial).

¹⁹⁹ El compromiso de la Unión Europea en la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres está consagrado en el TUE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La igualdad de género es un principio fundamental. En el artículo 2 del TUE se establece como una de las tareas el promover la igualdad entre hombres y mujeres. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que, en todas sus actividades la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad.

los estados miembros, como mejorar y adaptar su formación y cualificaciones. El Programa está destinado a jueces, fiscales, cuerpos de policía, funcionario público y a todos los servicios públicos responsables en materia de inmigración y control fronterizo, derecho social, derecho fiscal, trata y explotación sexual, asistencia a las víctimas, y en materia del tratamiento de los autores de los delitos.

Además del apoyo a las acciones para una mejor aplicación de la ley y la cooperación judicial en los ámbitos referidos, se ha dado una especial importancia al desarrollo de la cooperación y de los métodos de asistencia a las víctimas y de prevención del tráfico y la explotación sexual de la infancia. En 2001 se aprobó el Programa Stop II, que continúa con la asistencia prestada.

En el marco del Programa Stop se han desarrollado diversos proyectos, que persiguen la creación de asociaciones y de una red europea dirigidos a la prevención de estas conductas, y que han mostrado una gran utilidad, que persiguen una mejor comprensión de las causas del fenómeno, el desarrollo de la investigación, la formación y el intercambio de las prácticas más adecuadas, desplegando incluso campañas de información a víctimas potenciales.

2) Programa Urban: este Programa constituyó una iniciativa comunitaria del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (F.E.D.E.R.) en favor del desarrollo sostenible de las ciudades y barrios en crisis de la Unión Europea, durante el período 2000–2006. Está enfocado, de manera específica, a promover la elaboración y puesta en práctica de modelos de desarrollo innovadores que favorezcan la regeneración económica y social de las zonas urbanas que se hallen transitoriamente padeciendo una crisis económica. El Programa pretende intensificar el intercambio de información y de experiencias referentes al desarrollo urbano sostenible dentro de la Unión Europea. Desde este Programa, aún cuando su objetivo directo no fuera la violencia en el ámbito doméstico, se elaboraron proyectos que permitieron aflorar a la luz la situación de ciertos sectores de las ciudades y la existencia de cuadros de violencia en el ámbito doméstico.

3) Campaña Europea contra la Violencia Doméstica: implica una iniciativa de la Unión Europea que intenta salir al paso de este fenómeno y darle la necesaria visibilidad que permita su concepción como asunto de interés público. La Campaña ha sido concebida para apoyar y complementar las actuaciones de alcance estatal de cada Estado Miembro en este sentido. La Comisión Europea, en colaboración con varias ONG, ha seguido auspiciando además una serie de iniciativas sobre el tema que pretenden contribuir a generar un cambio global de actitudes.

4) Programas Phare y Tacis: aunque estos no han tenido la dimensión del resto de programas aquí analizados, sí han jugado, sin embargo, un papel importante en la financiación de proyectos específicos de análisis de la violencia familiar, al haber sido los principales instrumentos de la Unión Europea de ayuda a los países candidatos de Europa central y oriental para prepararse para la adhesión. Los dos Programas suponen la necesaria financiación a proyectos de las ONG orientados a la integración y participación de los grupos más susceptibles de integrar la marginalidad económica, social y política. Un aspecto a tener en cuenta en este sentido es que los fondos Phare pueden utilizarse para cofinanciar la participación de los países aludidos en los programas: Programa

Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, o en el Programa Daphne.

5) Programa Daphne: concebido para la lucha contra la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres²⁰⁰, este programa representó el inicio de una cooperación europea con las Organizaciones no Gubernamentales y organizaciones de beneficencia que desempeñaban un papel esencial en la lucha contra la violencia ejercida sobre estos colectivos, a menudo, prestando servicios que las autoridades públicas no estaban en condiciones de proporcionar o para los cuales no poseían la competencia necesaria, teniendo en cuenta que la sociedad se benefició en gran medida del estímulo y la difusión en toda la Comunidad de la experiencia, ideas y programas de las ONG, así como del hecho de compartir este trabajo con organizaciones similares de otros Estados miembros.

Las medidas propuestas por las ONG en el marco de este Programa se referían, por una parte, a la introducción y el refuerzo de redes europeas y, por otra parte, a la realización de proyectos piloto innovadores cuyos resultados podrían explotarse en otros Estados miembros y regiones, aportando así un valor añadido en el ámbito europeo²⁰¹.

Al mismo, le siguió el Programa Daphne II, previsto para el período 2004-2008. Para esta segunda fase del Programa, la dotación presupuestaria es de 50 millones de euros frente a los 20 millones de la primera fase. El mismo, permite financiar proyectos destinados a prestar ayuda a las víctimas de actos de violencia y a prevenir su exposición futura a la violencia, con la esperanza de su contribución a dar a conocer los daños personales y sociales derivados de la violencia sobre las víctimas, en las familias, las comunidades y la sociedad en general. La continuación natural ha sido la ampliación al Programa Daphne III, para los años 2007-2013, que sustituye a los programas Daphne (2000-2003) y Daphne II (2004-2008) y está integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia (2007-2013)²⁰², acompañado de los programas Derechos fundamentales y ciudadanía, el programa de información y prevención acerca de las drogas, el programa de Justicia Penal y el programa Justicia Civil. Su fin, una vez más versa sobre la prevención y la lucha contra la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres, así como la protección de las víctimas y demás grupos de riesgo integrados en el programa general Derechos Fundamentales y Justicia. El Programa ofrece protección a todos los tipos de violencia: abuso sexual, violencia familiar, explotación comercial, brutalidad en medio escolar, mutilación genital, y violencia de naturaleza discriminatoria hacia los minusválidos, las minorías, los emigrantes u otras personas vulnerables²⁰³.

²⁰⁰ Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne, 2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (Diario Oficial L 34 de 9 de febrero de 2000).

²⁰¹ Intercambio de información, coordinación y cooperación (entre las ONG y las organizaciones benévolas de los distintos Estados miembros y entre las ONG y las autoridades públicas, incluidas las autoridades policiales y los trabajadores sociales); sensibilización del público e intercambio de las mejores prácticas por medio de proyectos piloto y programas de investigación.

²⁰² Decisión 2007/252/CE del Consejo, de 19 de abril de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Derechos fundamentales y ciudadanía, integrado en el programa general Derechos Fundamentales y Justicia..

²⁰³ El Programa Daphne III se desdobra en tres tipos de acciones: 1. Acciones específicas: estudios e

PARTE TERCERA: EXÉGESIS, HERMENÉUTICA Y HEURÍSTICA DEL TIPO AL INICIO DE LA PRIMERA DÉCADA DEL 2000.

7. SUCESIVOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA PUNICIÓN DE LOS DIVERSOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Se continúa el estudio del devenir histórico de la regulación de la violencia en el seno familiar con el análisis de los cambios que se han ido produciendo en la punición de los diversos delitos en los que ésta puede materializarse.

7.1. El delito de malos tratos habituales.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no modifica el delito de malos tratos según se recogía en el Art. 173.2 CP, manteniéndose por ello como el artículo que alberga el castigo de la violencia *habitual* en el ámbito familiar²⁰⁴.

Tras la lectura de su texto, se observa que este delito no deja de ser un tipo agravado de los delitos contra la integridad moral, sancionando al que *habitualmente* ejerza violencia física o psíquica sobre unos sujetos concretos. Aquí vemos oportuno el traslado del tipo desde el título de las *lesiones* al de los delitos *contra la integridad moral*, porque dicha conducta no termina con la mera agresión psíquica o física, sino que, como reza el título de este estudio, va más allá, afectando al propio desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la víctima²⁰⁵. Este cambio aclara en parte el debate citado del bien jurídico protegido por dicho artículo²⁰⁶.

Por violencia física ha de entenderse cualquier acto que implique agresión al cuerpo de la víctima, sin exigirse que deje secuelas –lo cual entrañaría un delito ordinario de lesión–, pero en todo caso que denote un contacto intencionado del sujeto activo sobre el cuerpo de la víctima²⁰⁷. La STS 1162/2004, de 15 de octubre, corrigiendo una causa precisamente por delitos de

investigaciones; encuestas de opinión y sondeos; elaboración de indicadores y metodologías; recopilación; análisis y difusión de datos y estadísticas; seminarios; conferencias y reuniones de expertos; organización de campañas y eventos públicos; creación y mantenimientos de un servicio de asistencia y de sitios Internet; preparación de material informativo; establecimiento de un grupo de estudio. 2. Proyectos transnacionales específicos de interés comunitario en los que participen al menos dos Estados miembros. 3. Apoyo a las actividades de ONG u otras organizaciones.

²⁰⁴ Según se ha visto, antes de la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de maltrato habitual se ubicaba dentro del Título de las lesiones.

²⁰⁵ Sobre ello, Olmedo Cardenete afirma que “se trata de una norma de carácter pluriofensivo que junto a la salud y el bienestar corporal de las personas protegiera también la libertad y seguridad de las mismas. Por este motivo, creemos que la ubicación de este delito en el Título III es adecuada, así que resulta rechazable la tesis que durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/ 2003 sostuvo la necesidad de un cambio en la ubicación sistemática del precepto, por considerar que el valor tutelado por el precepto mencionado era el *respeto* de la víctima”. OLMEDO CARDENETE, M. *Delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona: Atelier. 2001. p. 30 y ss.

²⁰⁶ Coincide TAMARIT SUMALLA, J. M. *Ob. Cit.* Artículo 173. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 6ª Edición. 2007. p. 267; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*. 16ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. p. 182.

²⁰⁷ Castelló Nicás añade “con independencia de las secuelas que ésta produzca, ya sean de grave entidad, constitutivas de un atentado a la integridad física de la persona, o de escasa relevancia (pellizcos, zarandeos, empujones, etc.), con tal de que haya quedado patente el contacto físico agresivo del autor respecto de su víctima”. CASTELLÓ NICÁS, N. Concepto general de violencia de género. En *Ob. Cit.* JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.). *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 73

violencia doméstica, continuado de amenazas y lesiones, define la violencia como el “empleo de fuerza física, que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz suficiente para vencer la voluntad de la víctima”.

Será violencia psíquica cualquier acción²⁰⁸ que genere un menoscabo en la salud mental²⁰⁹ de la víctima sin que se traduzca en menoscabo físico apreciable y sin exigirse asimismo contacto con el cuerpo del sujeto pasivo. La conducta producirá en la víctima un clima de temor y sensación de dominación afectando directamente a su propia autoestima²¹⁰. Por violencia psíquica cabe entender, tal y como puede extraerse de la STS 2486/2001, de 21 de diciembre, “la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil”.

En orden al análisis de los afectados, tanto de forma activa como pasiva por el delito, ya se ha recogido la ampliación que de estos han venido haciendo las sucesivas reformas estudiadas²¹¹, incluyéndose ahora los nietos, hermanos, cuñados que con el autor convivan, los menores que asimismo vivan, aun transitoriamente, en el entorno del sujeto activo, los ancianos que allí igualmente habiten, si bien unidos por algún lazo familiar, y en fin, demás familiares como puedan ser sobrinos o tíos. La relación no se agota en el puro lazo familiar, sino que ha quedado ampliada a todos aquellos que por su especial vulnerabilidad estén sometidos a custodia en centros públicos o privados. Así, vemos cómo el delito abarca un campo mucho mayor que el de la violencia de género, al recogerse una pluralidad de víctimas tan prolija, advirtiéndose igualmente cómo amplía las posibilidades del ejercicio de la violencia²¹².

Se observa que si bien el término violencia doméstica²¹³ encuentra un

²⁰⁸ Magariños Yáñez añade: “insultos, menosprecios o humillaciones”. MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A. *El derecho contra la violencia de género. Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. Enfoque multidisciplinar del problema*. Madrid: Montecorvo. 2007. p. 27.

²⁰⁹ Castelló Nicás añade el término “integridad moral”. CASTELLÓ NICÁS, N. Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”. En MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edesa. 2002. p. 230.

²¹⁰ Benítez Ortúzar exige que se aprecie un deterioro en la salud de la víctima, por lo que dejaría extramuros del concepto de violencia psíquica –por tener ésta en todo caso que valorarse, a diferencia de la física, cuyas muestras se aprecian a simple vista– aquellas conductas que por sí mismas “no presentan peligro para la salud mental de la víctima”. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. *La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica*. En *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. p. 192.

²¹¹ Para la autora Fernández Pantoja “se amplió el círculo de sujetos pasivos expandiéndose a ámbitos en los que no es necesaria una relación de parentesco”. FERNÁNDEZ PANTOJA, P. El sistema de tutela ante la violencia de género. En *Ob. Cit.* JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. p. 247.

²¹² Fernández Pantoja “se introduce un sistema de agravaciones específicas por el ejercicio de la violencia...”, en *Ob. Cit.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P. El sistema de tutela ante la violencia de género. En JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. p. 247.

²¹³ Definida por Cantera como “un comportamiento consciente e intencional que, por acción o inhibición, causa a otro miembro de la familia un daño físico, psíquico, jurídico, económico, social, moral, sexual o personal en general”. CANTERA L. *Maltrato infantil y violencia familiar, de la ocultación a la prevención, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en El Salvador*. 2002. p. 32.

sinónimo en “violencia en el ámbito familiar”²¹⁴, en la relación de posibles víctimas se recogen varias que no necesariamente poseen un vínculo familiar con la persona del autor, si bien se exige cierta situación de subordinación al mismo; tal es el caso de los menores que se encuentren sometidos a guarda o custodia en centros públicos o privados, donde la relación con el sujeto activo podría únicamente calificarse como de dependencia.

Con todo, la auténtica exigencia para la aplicación de éste tipo es la de la habitualidad. El propio artículo le da al término la importancia que entraña, al pasar a definirla en su apartado tercero, dejando claro, además que para que la misma exista, *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.*

Ello va a derivar en dos consecuencias; la primera, que no se aplicarán los preceptos del Art. 94 CP para poder apreciar habitualidad, en cuanto a la exigencia de que el autor haya sido condenado tres o más veces; y la segunda, que si se dieran largos espacios temporales sin que tengan lugar cuadros de violencia, se destruiría la posibilidad de la apreciación de esa habitualidad, si bien el Código no describe cuán largo debe ser cada uno de esos lapsos para impedir su aplicación.

Se hace necesaria una mención al formulismo legal relativo al posible concurso de delitos incluido en el artículo en estudio, por el cual “la pena se impondrá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia psíquica o física”. En este texto, nos encontraríamos ante un concurso de carácter ideal cuando la conducta de violencia física derive en alguno de los Arts CP: 147, 149, 150, todos ellos, delitos de lesiones, o sus correspondientes faltas, de los Arts. 617 y 621, igualmente del CP, sin vulneración del principio *non bis in idem*, ya que el bien jurídico que protegen los tipos específicos de las lesiones –la salud e integridad personal–²¹⁵, y el del Art. 173, –la integridad moral–²¹⁶ no son coincidentes.

En orden a la pena prevista, ésta será la de prisión de seis meses a tres años, e irá obligatoriamente acompañada de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, si bien, en la mayoría de los casos, por el propio carácter de estos delitos, no tendrá lugar dicha conducta empleando dichos medios lesivos. Si el Juez o tribunal lo estimase adecuado, de cara al interés del menor o incapaz, podrá además imponer la pena de inhabilitación

²¹⁴ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir in bis in idem*. Madrid: Cívitas. 2007. p. 13.

²¹⁵ Tanto para GONZÁLEZ RUS J. J. en COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Compendio de Derecho Penal Español. Parte especial*. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 93, como para CARBONELL MATEU, J. C./GOZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 121, serían la integridad corporal, la salud física, psíquica o mental y la integridad de las personas.

²¹⁶ Hipótesis coincidente con la sostenida por TAMARIT SUMALLA, J. M. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 105, a la que une el derecho a o ser sometido a trato inhumano o degradante como manifestación del principio de dignidad humana. En *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU J. C./GOZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 140, el bien jurídico protegido será *la dignidad de la persona en el seno de la familia*.

especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en un período que irá de uno a cinco años.²¹⁷

Sobre la concreta pena de prisión que pueda imponerse, debemos reparar en la previsión recogida en el Art. 57.2 CP de acuerdo con la redacción que introdujo la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, consistente en la obligación de acompañarse a la pena privativa de libertad, la de la prohibición de aproximación a la víctima o sus familiares o personas designadas por el Juez, por un espacio de cinco años, para los casos de delitos de tortura y contra la integridad moral, y siempre que la víctima sea una de las personas convivientes con el autor según nos estamos refiriendo. La letra pequeña de esta pena privativa de derecho la encontramos en el Art. 48.2 CP²¹⁸, y por él, se impide al reo acercarse a la víctima, sus familiares, u otras personas que el Juez o Tribunal determine, en cualquier lugar en que se encuentren, acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo o cualquier otro que frecuenten, quedando a salvo, y según el mismo artículo, el posible régimen de visitas a los hijos que en su caso se hubiera arbitrado en convenio regulador civil, hasta el cumplimiento total de la pena. El hecho de tal relación de penas privativas de derecho acompañantes de la pena privativa de libertad debe ser considerada como positiva, ya que las relaciones que van a permanecer entre autor y víctima no encontrarían respuesta adecuada con la mera pena de prisión.

Se recogen, en fin, unas modalidades agravadas para los casos considerados revestidos de mayor odiosidad, que permiten la imposición de las penas en su mitad superior. Son los casos siguientes:

1. Perpetrar el hecho o hechos en presencia de menores²¹⁹.
2. Realizarlo utilizando armas. O que éste tenga lugar en el domicilio común o de la víctima.
3. Ejecutarlo quebrantando las penas recogidas en el artículo 48 o las medidas cautelares de seguridad o prohibiciones recogidas en el Código Penal²²⁰.

²¹⁷ Maza Martín afirmaba frente a esta pena privativa de derechos, que “no obstante, seguirán vigentes determinadas obligaciones civiles de cara al menor, como la obligación de los alimentos, por cuanto la pena no debe castigar al menor, ajeno al hecho delictivo y digno de especial protección jurídica”. MAZA MARTÍN, J. M. Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 1996. p. 67.

²¹⁸ En el que apreciamos dos supuestos diferenciables, la prohibición del acercamiento a las personas citadas, allí donde éstas se hallen, y la prohibición de la aproximación al domicilio de estas personas, a su lugar de trabajo, o a los lugares que aquellas frecuenten, aunque no se encuentren allí en el momento, circunstancia esta última, criticada por BOLDOVA PASAMAR, M. A. En GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. pp. 122-123.

²¹⁹ Sobre los efectos negativos generados en la salud mental de los menores que contemplan hechos violentos en el hogar, son interesantes las conclusiones de OVERLIEN, C. Children exposed to domestic violence. Conclusions from the literature and Challenges Ahead. *Journal of Social Work*. nº 10. 2010. pp. 80-97. Asimismo, Bolger y Patterson demuestran que estar expuestos a la violencia en el seno familiar constituye un grave riesgo para el equilibrio psicológico de los menores testigos, los cuales presentan mayor probabilidad de padecer una gran variedad de dificultades psicológicas, psicosociales y educativas. BOLGER, K /PATTERSON, C. J. Sequelae child maltreatment: Vulnerability and resilience. En LUTHAR, S. (Ed.) *Resilience and vulnerability: Adaptation in the context of childhood adversities*. 2003. pp. 156-181.

²²⁰ En relación a esta agravante, para Queralt Jiménez ocurre que “No excepcionalmente, se suscita un problema práctico y frecuente, enlazado con el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en delitos de violencia de género: la víctima induce o coopera necesariamente con el quebrantador de la medida a quebrantada, reanudando o bien la vida en común o bien estableciendo contactos regulares, íntimos o no. Valga aquí decir, que, si como sostengo, no puede

Circunstancias de agravación que coinciden con las recogidas en el delito de malos tratos no habituales del Art. 153 CP.

7.2. Lesiones agravadas: Tipo general.

El Art. 36 de la Ley Orgánica 1/2004, que se refiere a la “*Protección contra las lesiones*”, por el que se modifica el Art. 148 CP, introdujo los dos últimos supuestos de agravación que recoge dicho precepto sobre el tipo de relación exigida entre los sujetos activo y pasivo y las nociones de alevosía y ensañamiento. La pena se elevará en estos casos desde la del tipo básico, prisión de seis meses a tres años, hasta la misma de prisión, de dos a cinco años.

Por ello, según lo dicho, en el Art. 148.2 CP, junto al ensañamiento se incluye la circunstancia de la alevosía, que en la explicación encontrada en el Art. 22.1 del mismo Código –agravantes genéricas–, consistiría en emplear medios modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar la consumación del hecho, sin el riesgo para su persona que pudiese provenir de la defensa de la víctima.

El número 4 del Art. 148 CP²²¹ agrava la pena, según vemos, cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, en atención a la especial vulnerabilidad que presentará la víctima por dicha relación con el autor. En cuanto al actor, se exige por ello que se trate de varón, y además vinculado de algún modo a la víctima, la cual por su parte, ha de ser esposa o presentar algún tipo de vinculación asimilable²²², que puede haber terminado o seguir vigente, indistintamente.

Estas exigencias dejarían fuera del artículo, tanto las relaciones homosexuales como los casos en que el sujeto activo fuese una mujer²²³.

7.2.1. Tipo especial: Persona especialmente vulnerable que conviva con el sujeto activo.

En cuanto a los casos en los que se trate de persona especialmente vulnerable que conviva con el sujeto activo, el dictamen sobre el Proyecto de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, incluyó una enmienda transaccional del Grupo

haber punición por el quebrantamiento en tales condiciones, mal podrá aplicarse la agravación”. QUERALT JIMÉNEZ. J. J. *Derecho Penal Español. Parte especial*. Barcelona: Bosch. 2010. p. 142.

²²¹ Artículo no exento de polémica constitucional, en todo caso, lógica, en el que se castigan de manera más elevada las lesiones cometidas por el hombre contra mujer en el ámbito de una relación de pareja, que si tuviesen como protagonistas similares actor y víctima pero al margen de relación de pareja alguna. No obstante, su constitucionalidad quedó salvaguardada por las STC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero.

²²² Alonso de Escamilla y Lamarca Pérez sostiene que esta discriminación positiva contemplada en el Código no supone una afrenta al derecho a la igualdad recogido en el art. 14 del texto Constitucional, antes al revés; el legislador del Código ha pretendido restaurar este derecho al otorgar una mayor protección tanto a la mujer como a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. ALONSO DE ESCAMILLA, A / LAMARCA PÉREZ, C. Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género. En *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer. 2008. p. 1.761

²²³ Larrauri Pijoan se muestra crítica con la decisión del legislador de no recoger la posibilidad de *autor femenino*. LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta. 2007. p. 6.

Parlamentario Socialista, que fue aceptada por el resto de grupos, gracias a la cual se incluyó en la Ley como posibles víctimas de los tipos agravados que estamos viendo, a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor²²⁴, pensándose entre otras cosas, que con este extremo se saldría al paso de los comentarios de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, por brindar una protección específica a la mujer por razón de su sexo. No obstante, la mayoría de las personas que se encontrarían en aquella situación, debemos aclarar, ya estaban incluidas en el apartado tercero del Art. 148, “*Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz*”, sin exigirse que ésta conviva con el autor, ni observe una situación personal de especial vulnerabilidad²²⁵.

Con todo, la situación de especial vulnerabilidad puede nacer de varias otras causas, ya que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre no especifica nada al respecto²²⁶, con lo que tendrían aquí cabida no sólo los menores, los incapaces o las personas de edad avanzada, sino que cabría aplicársele igualmente al varón compañero sentimental o marido que resulte especialmente vulnerable frente a su mujer o compañera que le infringiese las lesiones en estudio, con lo que el hombre puede así recibir, en algunos casos, una protección idéntica a la recogida para las mujeres²²⁷, lo cual *per se* no termina de zanjar la polémica sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley, al exigirse expresamente al varón una especial vulnerabilidad, lo que en el caso de la mujer llega a presuponerse por su sexo.

En orden a determinar el concepto de especial vulnerabilidad, por él debe entenderse el concurrente en cualquier persona que por motivo de su edad, estado físico, psíquico, o demás condiciones personales, se encuentre en una situación de inferioridad frente al actor²²⁸. En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha tenido en cuenta, entre otros motivos, a la hora de determinarla, la edad del destinatario, entendiéndose por tal, tanto al menor de 12 años, como a personas ancianas, a posibles estados de enfermedad, a que se trate de personas privadas de algún sentido, o al padecimiento de algún tipo de trastorno mental²²⁹.

²²⁴ En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 2004. VIII Legislatura, nº 39, Sesión Plenaria núm. 35. p. 1.722, se recoge la intervención del Sr. Villarrubia Mediavilla, J. del Grupo Parlamentario Socialista, que sostuvo que “con la inclusión de este segundo colectivo en las reformas operadas en el Código penal se lima así, incluso intelectualmente, una serie de aristas que había desde el punto de vista de quienes sostenían la posible inconstitucionalidad de este proyecto, y aunque en ningún caso existía, quitamos ese debate y no por razones de constitucionalidad sino por razones de oportunidad política”.

²²⁵ *Vid.* STC 41/2010, de 22 de julio.

²²⁶ La cual, a criterio de Acale Sánchez, a diferencia de la condición de mujer, que se presumirá en todo caso *iuris et de iure*, la especial vulnerabilidad del resto de víctimas “habrá que probarla”. ACALE SÁNCHEZ, M. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Reus. 2006. p. 153.

²²⁷ En este sentido, *vid.* el epígrafe ¿Existe el hombre maltratado?: VACCAREZZA, L. El perfil del maltratador. Cuestiones sociales y de orden psiquiátrico. En RIVAS VALLEJO, M. P. / BARRIOS BAUDOR, G. (Dirs.) *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Madrid: Thomson-Aranzadi. 2007. p. 189.

²²⁸ Para Polaino Navarrete son requisitos del tipo “la acentuada vulnerabilidad de la víctima, generalmente por motivos de enfermedad, edad o situación de dependencia, así como la actualidad de una convivencia, lo que incardina a estas actuaciones en la esfera de la cotidianidad doméstica”. POLAINO NAVARRETE, M. En *Ob. Cit. Lecciones de D. Penal. Parte Especial*. 2010. p. 113.

²²⁹ Sobre ello se refiere ACALE SÁNCHEZ, M. a “datos relacionados con las características de la concreta víctima”. En *Ob. Cit. La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código Penal*. p. 109.

En la modalidad agravatoria en estudio, la intención del legislador consiste en castigar en mayor medida el hecho de prevalerse el autor de una situación que le es favorable para la consumación de la acción²³⁰.

En todas las agravaciones estudiadas, se aprecia, por fin, que la pena básica recogida en el Art. 147 se podrá incrementar hasta la de prisión de dos a cinco años, siempre que el Juez o Tribunal así lo consideren, atendiendo al resultado producido o al riesgo causado, con lo que vemos que la causa de agravación es facultativa para el juzgador a la vista del resultado efectivo o del concreto riesgo potencial.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ha modificado asimismo el Art. 153 CP²³¹. Sin perjuicio de su estudio posterior, diremos ahora, a modo de novedad legislativa que el artículo, en sus números 1 y 2, regula la acción del menoscabo psíquico²³² o la causación de una lesión no definida como delito por los artículos que le son anteriores (Arts. 147 al 152 CP), así como el maltrato de obra sin causar lesión²³³.

7.3. La Ley Orgánica 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio.

Una última mención a una ley –si bien posterior a las Leyes Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, a la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora

²³⁰ Situación cercana al abuso de superioridad del Art. 22. 2ª CP –descrito en las SSTS 1782/2000, de 17 de noviembre y 1265/2003, de 7 de octubre–, con la que coincide en la existencia de un “desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia”: STS 881/2006, de 14 de septiembre, diferencia de la alevosía en que “la esencia de ésta se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo, frente al mero abuso de superioridad, que tiene presente una situación que tan solo tiende a debilitar la defensa que pudiera realizarse”.

²³¹ La propia redacción del artículo no está exenta de polémica constitucional. En este sentido, la STC 59/2008, de 14 de mayo, ha sido considerada por Acale Sánchez como interpretativa y dentro de esta modalidad, lo es de carácter estimatoria, pues afirma que si la única interpretación que cupiera hacer el Art. 153.1 es la realizada en la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, que la diferencia de pena que se establece, se realiza en “función del sexo de los sujetos activos y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el Art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del Art. 153.1 CP queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que si forma parte del marco penal del Art. 153.2”. ACALE SÁNCHEZ, M. Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal. En VILLACAMPA ESTIARTE, C. (AA.VV) *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008, pp. 37-73

²³² Para Laurenzo Copello “La referencia específica al menoscabo psíquico resulta perturbadora e inadecuada a la vista de la clara definición legal de las lesiones, dentro de la cual se concede un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica”. LAURENZO COPELLO, P. Los nuevos delitos de violencia doméstica. Otra reforma precipitada. En PÉREZ ALVAR, F. (Dir). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Edit. Universidad de Salamanca. 2004. p. 836.

²³³ Dentro de los cuales, excluye, sin embargo Cerezo Mir “aquellos malos tratos de obra sin causar lesión si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional, realizados dentro del fin legítimo del derecho de corrección”. CERESO MIR, J. *Curso de derecho penal español: Introducción*. Madrid: Tecnos. 2004. p. 310.

de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género— se trata de la Ley Orgánica 15/2005 de 8 de julio²³⁴, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio, la cual ha venido en igual medida que las anteriores a arbitrar —ésta desde el plano de la regulación de la ruptura de la convivencia— la situación en la que quedan los miembros de una familia que ha sufrido un proceso de separación²³⁵.

8. 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.

8. 1. Momento histórico para su aprobación.

Según hemos visto, la primera regulación del delito de malos tratos se realiza en el Código Penal tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Nos encontramos aún en período de vigencia del Código Penal de 1944-73, teniendo a la vista su Art. 425. El castigo recogido era el de pena de arresto mayor para quien “habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”²³⁶.

Ya hemos visto, igualmente, lo incompleto de este primer artículo, que no recogía ni la violencia psíquica, ni la posibilidad de extenderse a las relaciones cuya convivencia hubiese terminado, y asimismo no aclaraba qué debía entenderse entonces por el término “habitual”²³⁷.

El Código Penal vigente, recogió sin apenas cambios en su Art. 153 el referido texto del Art. 425 del Código anterior²³⁸, ampliando, como ya hemos

²³⁴ BOE, nº 163, de 9 de julio de 2005. pp. 24458-24461.

²³⁵ La Ley 15/2005, de 8 de julio, permite expresamente que los cónyuges acuerden la custodia compartida en caso de crisis matrimonial. Como novedad, esta Ley introduce la posibilidad que el juez acuerde dicha custodia compartida a instancia de una de las partes. *Vid.* en este sentido la SAP Barcelona (Civil) 1/2007, de 20 de febrero.

²³⁶ La autora Asua Batarrita refiere que “La modificación de la redacción del Art. 425, y la creación de la falta contemplada en el Art. 586, párrafo segundo en el Código Penal 1944/73, surgieron por el impulso y a raíz de las demandas formuladas por asociaciones de mujeres que exigían a los poderes públicos y a la Administración de Justicia una intervención efectiva y adecuada para atajar la extendida práctica de la violencia contra la mujer en la pareja”. ASÚA BATARRITA, A., Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la L. Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (Eds.). *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 202.

²³⁷ El prof. Rodríguez Ramos aclara qué debía entenderse entonces por tal concepto, y ello, referido al delito de receptación: que la pluralidad de esos actos sea al menos de tres: RODRIGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado y con Jurisprudencia*. 2ª Edición. 2007. Madrid: La Ley. p. 711.

²³⁸ Del que Morillas Cueva recoge que “ese artículo ya abrió el debate sobre el alcance, dimensión y estructura de las respuestas penales a un fenómeno de cada vez más impacto social, como es el de la violencia doméstica. Paralelamente se multiplicaron las propuestas reformadoras que se proyectaron desde el mismo ámbito legislativo, desde instituciones y asociaciones especialmente ocupadas y preocupadas del tema y desde la doctrina científica. Opinión mayoritaria del momento fue la de aplaudir esta relativamente novedosa redacción que se presentó en su momento, como acción diferenciada de las

visto, el número de sujetos pasivos (“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”), modificando la pena (“prisión de seis meses a tres años”), y añadiendo el extremo de que la pena se impondrá “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

Tras la entrada en vigor de nuestro Código Penal, y por una realidad que entonces ofrecía numerosos episodios del tipo de actividad que analizamos²³⁹, se advirtió enseguida igualmente, lo incompleto de su regulación, por lo que cuatro años después de su publicación, y tres después de su entrada en vigor, se publica la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la LECrim. Esta Ley aporta al Código Penal –en el que modifica los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620–, las tres consabidas novedades de incluir junto al maltrato físico, el maltrato psicológico, como una forma más de violencia doméstica²⁴⁰; ampliar dentro del marco de víctimas de maltrato a aquellas personas que en el momento de la comisión del acto o actos violentos no convivan con el agresor, pero que hayan mantenido con él cualquier tipo de convivencia²⁴¹, y definir el concepto de habitualidad, cuya indeterminación tantos problemas había generado en la práctica, ya que, si bien se venía exigiendo como requisito para entender los hechos violentos como incardinables en los Arts. 245, y después, 153, no es hasta este momento cuando deja claro el Código Penal qué va a entenderse por tal término²⁴².

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal –dentro de la cual modifica los Arts. 13, 14.1, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 y 713–, la Ley de referencia incluye la discrecionalidad del juzgador para acordar la prohibición de aproximación y comunicación del sujeto activo con la víctima.

lesiones en sentido estricto y que se configura como el ejercicio reiterado de las conductas referidas en la entonces existente falta de maltrato tipificada en el artículo 583.2.º, que se tachó de insuficiente para afrontar una situación cada vez más impactante en la sensibilidad ciudadana”. MORILLAS CUEVA, L. *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Ed. De Derecho Reunidas. 2002. p. 12.

²³⁹ Según estimaciones proporcionadas por el Ministerio del Interior, el número de denuncias de mujeres por malos tratos de sus parejas en España entre 1985 y 1992 es de 122.298.

URL:<http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/centroDocumentacion/home.htm> (Consultado 14-9-2013). PÉREZ DEL CAMPO calcula que entre 250.000 y 300.000 mujeres son maltratadas al año en España. PÉREZ DEL CAMPO, A. M. *Una cuestión incomprendida. El maltrato a la mujer*. Madrid: Horas y horas. 1995. pp. 98 y ss.

²⁴⁰ Magariños Yáñez echa de menos para la constatación de la posible violencia psicológica una regulación de la prueba, “máxime cuando con frecuencia la agresión psíquica se habrá producido en un entorno doméstico íntimo en el que difícilmente habrá testigos u otros medios que puedan acreditar fehacientemente su comisión”. MAGARIÑOS YAÑEZ, J. A. *Ob. cit. El derecho contra la violencia de género*. 2007. p. 104.

²⁴¹ Sobre ello aclara la STS 1366/2000, de 7 de septiembre: “En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, se amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Tras la reforma, el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella”.

²⁴² MAGARIÑOS YAÑEZ, J. A. la reduce a estas “cuatro normas orientativas: a) número de actos de violencia acreditados. b) proximidad temporal entre ellos. c) independencia misma o diferente víctima y d) independencia de que hayan sido enjuiciados anteriormente”. En *Ob. Cit. El derecho contra la violencia de género*. 2007. p. 104.

Con todo, las reformas en estudio, si bien oportunas y adecuadas a una realidad delictiva en ascenso y consecuentes a las demandas sociales, no se traducen sin embargo en el resultado buscado de la disminución de la violencia en el ámbito doméstico²⁴³, por lo que tres años después se publicará la Ley que da nombre a este capítulo, 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 Ley, que según Gracia Martín²⁴⁴, supone un paso más del creciente “expansionismo del Derecho Penal”, vino a reformar en el vigente Código Penal la materia relativa a los tres ámbitos de los que consta su título²⁴⁵, si bien vamos a analizar de ella únicamente todo lo que en cuanto a lo que a este estudio concierne, esto es, su parte dedicada a la violencia doméstica, en relación a la cual, principalmente modifica los Arts. 23, 153 y 173.2 CP; no obstante, con limitarse la reforma, en lo que aquí afecta, a estos únicos tres artículos, sin embargo, la misma debe ser considerada como de relevante calado.

El origen de esta norma se halla en el II Plan contra la Violencia Doméstica (2001-2004), en el cual ya se recogía que “La violencia, manifestación de la desigualdad entre géneros, es la fórmula a la que recurren muchos hombres para dominar a las mujeres y mantener sus privilegios en el ámbito familiar, produciendo terribles efectos para las víctimas.(...) Las medidas de intervención que es preciso poner en marcha en este terreno tienen que ir encaminadas, fundamentalmente, a erradicar la violencia, mediante la prevención de los actos violentos, a través de una educación basada en la igualdad y no discriminación por razón de sexo, a sancionar las conductas violentas, como otra forma preventiva por su fuerza persuasiva, y a paliar los efectos que los actos violentos producen en las víctimas”.

8.2. Modificación del artículo 23 del Código Penal.

El primer artículo del Código Penal afectado por la Ley que analizamos es el Art. 23, precepto que integra el Capítulo V del Título I de su Libro I. La redacción previa a la reforma en estudio, recogía: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor”.

Pasando a quedar, tras la modificación que analizamos, definitivamente redactado, redacción que ha perdurado incólume hasta la fecha: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos

²⁴³ Recoge Lorente Acosta que “es necesario contemplar cómo los cambios ocurridos han afectado a las conductas violentas, y cómo los argumentos que utilizan quienes deciden llevarlas a cabo o quienes luego las justifican cuando ya se han producido se han visto alterados, y en qué sentido lo han hecho para que la situación en cada momento sea la que se presenta y no otra”. LORENTE ACOSTA, M. Violencia de género: acciones y reacciones. En *Ob. cit.* JIMÉNEZ DÍAZ, M. (Coord.). *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 37.

²⁴⁴ GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. pp. 57 y ss.

²⁴⁵ Los principales aspectos a los que afecta la Ley Orgánica 11/2003, son los relativos a: Habitualidad, reincidencia, violencia doméstica, expulsión de extranjeros irregulares que cometan delito y su protección.

y los efectos del delito²⁴⁶, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente²⁴⁷”.

Las novedades incluidas son las que aparecen en las frases que he subrayado, en las cuales vemos que su última reforma lo ha sido en los sentidos siguientes:

- En primer lugar, en el de la inclusión en el mismo de una cláusula temporal consistente en ampliar en dicha circunstancia mixta de parentesco, las relaciones de análoga significación al matrimonio que ya no se encuentren vigentes en el momento de los hechos que van a agravar²⁴⁷, y ello, en los delitos contra las personas, ya que su condición de mixta supone, se ha dicho, como norma general, atenuación en los tipos contra el patrimonio; no obstante en los cuales en caso de disolución del matrimonio no surtirá sin embargo estos últimos concretos efectos. En este sentido, Genovés García²⁴⁸ apunta cómo la mujer agraviada *que ha tenido* una relación conyugal o de análoga afectividad se encuentra en una situación más vulnerable frente a ese agresor que si se tratase de un desconocido, incluso a pesar de que esa relación no esté ya vigente. Sostiene la autora que en la práctica se dan casi en idéntico porcentaje los casos en los que el agresor había sido el marido, el novio o la pareja de hecho de la víctima, que los casos en que la relación seguía vigente, en relación a la actividad delictiva que estudiamos.

- En segundo lugar, se incluyó, junto al parentesco por consanguinidad y por matrimonio, el que nace por afinidad del cónyuge o de la persona con la que se convive, con lo que dicha circunstancia, sería aplicada en adelante en un mayor número de casos²⁴⁹.

8.3. Modificación del artículo 149 del Código Penal.

La ley modifica asimismo el Art. 149 CP, que queda redactado como sigue:

“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia,

²⁴⁶ Inicialmente, tanto en el Código de 1848 como en el de 1850, esta circunstancia figuraba sólo como agravante. En el Código de 1870 se le concedió ya su naturaleza mixta y en el de 1932 se introdujo el matiz de introducir como criterio valorativo la motivación. Se plantea pues el problema de diferenciar aquellos supuestos en los que la circunstancia mixta operará como agravante o bien como atenuante. Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han considerado esta circunstancia como agravante en los delitos contra las personas y contra la libertad sexual -por influjo del antiguo parricidio y del abuso sexual incestuoso-, y como atenuante en los delitos contra el patrimonio.

²⁴⁷ Para Tardón Olmos la violencia doméstica tiene lugar dentro del núcleo de convivencia que relaciona al agresor con los diferentes grupos de sujetos pasivos que determina el artículo 173.2 CP, y mientras tal situación subsiste, la violencia de género tiene una proyección temporal mucho más amplia, puesto que la misma se despliega, con frecuencia, hasta mucho después de finalizada la relación de pareja, o, incluso, puede llegar a recrudescerse a partir de la ruptura de la relación. TARDÓN OLMOS, M. “La interpretación de la análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. p. 1. URL:file:///C:/Users/H%C3%A9ctor/Downloads/Tard%C3%B3n%20Olmos,%20Mar%C3%ADa%20_1.0.0%20(3).pdf (Consultado: 1-11-2013).

²⁴⁸ GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*. Barcelona: Bosch. 2009. p. 213.

²⁴⁹ No obstante, la STS 164/2001, de 5 de marzo, rechaza la aplicación de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del C. Penal en relación con el delito de maltrato habitual, al estimar que ésta resulta inherente al mismo, apreciándola, sin embargo, en los concretos actos de violencia (faltas de lesiones, faltas de malos tratos y delito de detención ilegal) por los que también recayó condena.

la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

Si bien este delito va a consistir en todo caso en un mero delito de lesiones, con aplicación en la mayoría de los casos de la circunstancia mixta de parentesco descrita²⁵⁰, recogida en el Art. 23 CP, agravante en el caso de delitos contra las personas, y por ello, ajena a los tipos de los Arts. 153 (“menoscabo psíquico o lesión no definida como delito en este Código”), o 173.2 CP (“...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”); sin embargo se trae aquí habida cuenta de que dicho delito, por sus características circunstancias comisivas, tiene generalmente lugar en el ámbito de la familia, siendo en la mayoría de los casos, cometido por un miembro del propio núcleo familiar.

8.4. Modificación del artículo 153 del Código Penal.

De las dos principales reformas que aquí nos importan, aparece ya la primera con la modificación del Art. 153 CP, sobre la que nos extenderemos más adelante; ahora diremos que la Ley en estudio redacta el Art. 153 de la siguiente manera²⁵¹:

“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 Art. 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

²⁵⁰ Para el profesor Iñigo Corroza debe determinarse qué clases de parentesco recoge el Código penal, esto es, quiénes son parientes para el Derecho Penal. Es en el Art. 23 donde se recoge de manera general lo que el Derecho Penal entiende por parentesco. Claramente el concepto de pariente que utiliza el CP en su Art. 23 es un concepto propio, distinto y más amplio que el concepto de parentesco del Derecho de familia. IÑIGO COROZA, E. Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. *Indret. Revista para el análisis del derecho*. 2011. pp. 3-6.
URL:<http://www.indret.com/es/> (Consultado: 5-3-2013).

²⁵¹ Si bien Magro Servet nos recuerda que dicha reforma duró apenas un año, al modificarse al año siguiente el mismo artículo por la Ley orgánica 1/ 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. MAGRO SERVET, V. *Guía Práctica del Menor y de la Violencia de Género y Doméstica*. Madrid: La Ley, 2005. p. 59.

seguridad de la misma naturaleza”²⁵².

Sin perjuicio de la ulterior modificación que sufre el artículo con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que veremos más adelante –la cual configura el texto definitivo al no haber sido éste artículo modificado por la posterior Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁵³–, se aprecian ya aquí los grandes rasgos que van a configurar el delito de violencia en el ámbito familiar con la segregación de su texto del término *habitualidad*, que pasará a conformar el tipo del Art. 173.2 CP.

Las principales aportaciones de la Ley al artículo, van a ser así las siguientes:

Se incluye un nuevo *aumento de las penas*²⁵⁴; desaparece la posibilidad de apreciar *falta* en el ámbito doméstico, con lo que cualquier acción lesiva que tenga lugar en el seno familiar será considerada delito (a excepción de lo recogido en el Art. 620.2 CP sobre las injurias y vejaciones injustas de carácter leve), por lo que se separarán así los delitos de agresiones sin causar lesión en el ámbito familiar, que quedan en el Art. 153 CP, por el cual se penará de manera agravada –ya que ahora las conductas van a ser siempre delito– al autor de agresiones físicas o psíquicas, o de cualquier tipo de maltrato, a cualquier miembro de su ámbito familiar²⁵⁵, y el delito de malos tratos habituales, ante similares víctimas, circunscrito ahora en el Art. 173.2; y se suprime el requisito anterior de la *convivencia* entre cónyuges o parejas de hecho, presente o pasada²⁵⁶.

Al respecto de la proporcionalidad de las penas del Art. 153, en su redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, dictó el Tribunal Constitucional (Pleno) el ATC 233/2004, de 7 de junio, que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153 CP –según la redacción que analizamos, la resultante de la Ley Orgánica 11/2003– por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora, al elevar a la categoría de delito

²⁵² Para del Moral García la medida debe considerarse excesiva, y enmarcarse en esa filosofía un tanto ingenua de combatir el fenómeno de la violencia doméstica con “más Derecho Penal”. La amplitud de las conductas encajables en el Art. 153 desbordan el principio de intervención mínima y enseguida vienen a la cabeza ejemplos que ponen esa realidad de manifiesto. A veces la tendencia a ir progresivamente agravando la respuesta penal puede conllevar efectos perversos al generar una relucencia en los juzgados y tribunales a imponer penas desproporcionadas con la gravedad de los hechos y buscar subterfugios y abrir agujeros para vaciar el tipo penal. DEL MORAL GARCÍA, A. *Ob. Cit. Aspectos penales de la violencia doméstica*. p. 469.

²⁵³ Si bien sí incluye esta Ley Orgánica en el texto punitivo un endurecimiento de las condenas para aumentar la protección de los menores, las cuales en adelante podrán alcanzar los quince años de prisión, y se introduce la posibilidad de privar de la patria potestad a los padres si fuera necesario.

²⁵⁴ Lo cual fue pronto considerado un giro inadecuado, ya que los tribunales se mostrarían reacios a imponer ciertas penas, a su criterio *desproporcionadas*, entrándose así en una inercia judicial negativa para los intereses de las víctimas, situación descrita por de la Cuesta Arzamendi que añade que la práctica ha demostrado además que “las agresiones se hacen más graves tras la denuncia presentada por la víctima”. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Ciudadanía, sistema penal y mujer. En *Ob. Cit. Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*. 2008. p. 201.

²⁵⁵ En este sentido, Morillas Cueva nos recuerda que en la primera versión de vigente C. Penal, “sólo se consideraban víctimas de la violencia doméstica – aparte de la mujer o conviviente-, a los hijos propios, los hijos del cónyuge o conviviente, o los ascendientes”. MORILLAS CUEVA, L. Violencia de género versus violencia doméstica. En *Ob. Cit. La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 20.

²⁵⁶ En atención a la cuestión relacionada con las parejas que ya no conviven en el momento en el que tienen lugar los actos violentos, la STS 417/2004, de 29 de marzo, aclara que “La introducción del inciso “aún sin convivencia”, a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora –desde su entrada en vigor-, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa”.

conductas anteriormente castigadas como falta, cuando se cometen contra alguna de las personas que se citan en el Art. 173.2 CP.

8.5. Posible concurso de delitos entre las modalidades agravatorias del artículo 173.2 y los artículos 153, 171.5 y 172.2 del Código Penal.

La mención al dato del aumento de las penas, se refiere a la novedad introducida por la Ley que va a conformar el segundo párrafo, con las agravaciones específicas que tienen que ver con la manera y el momento en el que se comete la acción o acciones agresivas. A este respecto, nos remitimos al estudio sobre las mismas hecho en el capítulo dedicado al Art. 153 CP. Con todo, en cuanto a esta concreta aportación de la Ley, cabe un análisis relativo al posible concurso de delitos entre las modalidades agravatorias del Art. 173.2 (si alguno de los actos se realizase en presencia de menores, utilizando armas, tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o se realicen quebrantando una pena de las recogidas en el Art. 48 CP, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza), y los Arts. 153, 171.5 CP, dentro del Capítulo II del Título VI, “de las amenazas” (“el que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere los Arts. 173.2), y 172.2, en el Capítulo III del mismo Título, “de las coacciones” (“el que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa o mujer que hay estado ligada a él por relación análoga”)²⁵⁷. Así, existiría un concurso de delitos entre el primer párrafo del artículo 173.2 (actos genéricos de violencia física o psíquica) y los propios actos, siempre punibles, con que esta violencia se manifiesta, situación que soluciona la fórmula recogida en las últimas líneas del párrafo, al decirse que las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos violentos se impondrán sin perjuicio de la aplicada por el delito que implica el propio artículo²⁵⁸.

Ahora bien, la problemática descrita, sobre la posible existencia de concurso de delitos entre los tipos agravados del segundo párrafo del Art. 173.2, y aquellos artículos referidos, que expresamente recogen los actos en que la violencia habitual pudiese reflejarse, nace del hecho de que la aludida fórmula (“...las penas se impondrán sin perjuicio de las correspondientes a los actos...”) se encuentra recogida en el primer párrafo del segundo apartado del artículo, pero no al pie de este segundo párrafo, con lo que no queda claro si sus términos alcanzan así específicamente a estas concretas agravaciones. A nuestro juicio, la solución que defiende la existencia de concurso de delitos igualmente entre dichas agravaciones y los delitos en que pudiesen derivar, vendría por el siguiente camino:

²⁵⁷ Habida cuenta de que como ya se ha expuesto, los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son distintos (*Vid.* STS 977/2003, de 4 de julio), criterio que aparece reforzado por la nueva ubicación sistemática del delito de violencia habitual.

²⁵⁸ *Vid.* STS 613/2009 de 2 de junio: “Estaríamos por tanto, no en un concurso de normas, sino en un supuesto concurso medial, (se pena solo el mas grave) encontrándose ambas infracciones en relación de medio a fin”. En el caso de que concurran varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, 171 ó 174 CP que pudieran constituir un delito independiente, se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el artículo 77 CP (quebrantamiento de condena o medida cautelar, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas)”.

La cláusula referida, si bien, como se ve, situada al fin del primer párrafo, se encuentra no obstante ubicada dentro de este mismo número 2 del artículo, no en un número siguiente, o incluso final, que pudiese dar paso a la duda. El hecho de estar situada en un párrafo de dicho número 2, da lugar a la interpretación relativa a que alcanza a todo lo recogido en ese número. Obviamente, la duda habría quedado por entero disipada si el legislador hubiese colocado la cláusula al final del número dos, con el habitual comienzo para casos similares empleado en el Código Penal de "...las conductas anteriores...", no obstante, es nuestra opinión que independientemente de su concreta colocación, afecta a todas las acciones incluidas en el número en el que se halla²⁵⁹.

Existe, no obstante, al terminar el Título VII, donde se encuentra situado el Art. 173, otro precepto, el Art. 177, que ofrece una solución que consideramos satisfactoria para el resto de acciones, pero no para las concretas agravaciones en estudio. El artículo reza: "Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley"²⁶⁰. Este artículo, que principia dejando claro que la posibilidad recogida en su texto se aplicará a todos los artículos precedentes, refleja sin embargo que el mismo entrará en juego para los casos de atentado moral²⁶¹, dejando excluidos los casos de agresión estrictamente física. Entendemos que esto sería, por ello, aplicable sin duda, y dentro de las agravantes específicas en estudio, al caso de realizar el hecho en presencia de menores. Más dudas nos suscitan las tres agravantes restantes, que se van a analizar por separado, y después de una breve aclaración a esta concreta expresión de "realizar el hecho en presencia de menores".

En cuanto al supuesto de la comisión del delito de maltrato habitual, tanto físico como psíquico, en presencia de menores, entendemos que si el maltrato se traduce en atentados, exclusivamente, a la personalidad, autoestima y autopercepción que de sí misma tiene la víctima, no habría problema en la aplicación conjunta del último párrafo del número dos del Art. 173, y de las cláusulas del 177, ya que éste último exige que el atentado lo sea "a la integridad moral"; ahora bien, si el concreto maltrato, habitual, y producido abiertamente en presencia de menores, lo es por la vía de acciones sobre el cuerpo de la víctima —por ello, físico—, nace la duda, al quedar, aparentemente, extramuros de lo exigido en el Art. 177.

A nuestro entender, la duda debería disiparse por el argumento de que la esencia del delito en análisis, si bien de índole física, tiene sin embargo un

²⁵⁹ En este mismo sentido, las STS 662/2002, de 18 de abril, o las SAP Córdoba 454/2003, de 18 de marzo, y SAP Toledo 384/2003, de 28 de marzo.

²⁶⁰ González Cussac entiende que la misma implica una norma expresa para evitar no sólo la aplicación del concurso ideal o medial, sino también el concurso de leyes, así como la posibilidad de la absorción. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Delitos de tortura y otros tratos degradantes*. Ponencia del Congreso sobre el nuevo Código Penal. Consejo General del Poder Judicial, 4-7 marzo, Madrid. 1996.

²⁶¹ Que García Díaz acota en "desvalorización, conductas de restricción, conductas destructivas o culpabilización a la víctima de las propias conductas violentas del actor". GARCÍA DÍAZ, N. *Ob. cit.* GARCÍA ÁLVAREZ C. (Coord.). *Violencia doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 112.

elevado componente moral²⁶², que constituye el fondo del mismo, al atentar igualmente contra la moralidad de la víctima, que ve cómo es maltratada en presencia de los miembros en formación de su personalidad con los que convive –muy probablemente sus propios hijos–, y en mayor medida, contra la propia moral de los menores que presencian el hecho y conviven con el autor, los cuales van a ver mediatizada con dichas acciones el desarrollo de su personalidad, y van a crecer con un orden de valores tergiversado²⁶³, lo cual va a implicar un verdadero ataque a su integridad. Habida cuenta de que el bien jurídico defendido por este delito es la integridad moral y los derechos relativos al libre desarrollo de la personalidad y a disfrutar de un ambiente pacífico²⁶⁴, creemos que por la vía de la moralidad, no tanto ya de la propia víctima, ni de los menores, sino la relativa al propio ambiente en el que debe desenvolverse la convivencia familiar, el atentado final, aún siendo materialmente físico, también alcanzaría las notas necesarias de moralidad²⁶⁵ que permitirían incardinarlo en el Art. 177 CP.

El siguiente supuesto, el realizar el hecho en el domicilio común o en el domicilio de la víctima²⁶⁶, no encontraría fácil acomodo en una posible consideración de atentado moral. Se trata de una agravante que tiene en cuenta el propio espacio en el que acontece el delito, y que al tratarse del espacio cerrado que supone una vivienda, agrava su potencial lesivo por las dificultades que encontraría la víctima en cuanto a auxilio, huida, etc. No obstante, el delito sí tendría aquí un elevado componente moral, cual es el hecho de que el sujeto pasivo se encuentra en el espacio en el que, deseablemente, mayor protección y sensación de seguridad debería hallar²⁶⁷. Su vivienda, espacio en el que todo ser humano debería encontrarse defendido de posibles agresiones exteriores, se convierte en estos casos en un espacio en el que no sólo no se halla la protección esperada, sino que se transforma, por elección del autor, en el propio escenario

²⁶² Para Queipo Burón la violencia familiar deriva en graves consecuencias de índole física, psicológica y de relación social para las personas afectadas y para sus entornos familiar y comunitario. Desde una perspectiva Médico Legal y Forense, los malos tratos a través de agresiones físicas (...) tienen como consecuencia la aparición de trastornos psíquicos de diferente entidad. QUEIPO BURÓN, D. Aspectos médico-legales del maltrato. En *Ob. cit. Violencia Doméstica, aspectos médico-legales*. pp. 59-60.

²⁶³ Asensi Pérez “en la mayoría de los casos, la violencia tiene lugar en las etapas en las que los niños maduran su desarrollo psicológico, y la misma altera enormemente este desarrollo, por la propia presencia de las agresiones que provienen de una figura primordial de referencia en su desarrollo como es el padre, y además, sobre el agente de socialización por excelencia que es la madre. Los hijos e hijas de un maltratador crecen inmersos en el miedo, siendo candidatos al diagnóstico de toda la variedad de trastornos por estrés traumáticos, depresiones por desesperanza o de posibles trastornos de personalidad”. ASENSI PÉREZ, L. F. *Violencia de género: consecuencias en los hijos*. Alicante: Psicojurix. 2003. p. 46.

²⁶⁴ La STS 927/2000, de 24 de junio, recoge el término “paz familiar”.

²⁶⁵ En ello coincide GRACIA MARTÍN, L., El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995. *Actualidad Penal*. nº 3. 1996. p. 580.

²⁶⁶ Agravante específica aplicada en las SAP Barcelona 25/2004, de 30 de abril, y SAP Tarragona 546/2008, de 8 de abril. Esta última recoge que “para apreciarse la agravación por la concurrencia del domicilio deberán exigirse ciertos requisitos, ya que “la ratio de la cualificación de la conducta descrita en el artículo 153 CP cuando se produce en el domicilio, no puede justificarse sólo atendiendo al criterio objetivo o circunstancial de producción. Elementales razones de interpretación sistemática reclaman identificar, para justificar la pluspunción, que el sujeto activo busque de propósito la perpetración de la acción maltratante en dicho espacio físico para de esta manera asegurarse una mayor facilidad ejecutiva”.

²⁶⁷ Para Queralt Jiménez “en esta circunstancia se parte de la base de la *mayor peligrosidad* del sujeto por la indemnidad de la víctima. En efecto, el ataque en el domicilio, conjunto o no, supone *aprovechar la ventaja* que la proximidad da al maltratador, que abusa de su relación de poder para con su aún pareja. El peligro no decrece cuando, rota la relación, el agresor se persona en el domicilio de la víctima, al que ya es ajeno”. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Ob. cit. Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2010. p. 142.

de hechos violentos²⁶⁸.

Con todo, y atendiendo al título concedido a este tipo de delincuencia, violencia “doméstica”, y que por ello, tanto los ataques físicos como psíquicos van a tener lugar en el entorno de la vivienda, en la mayoría de los casos, no considero a esta agravante como susceptible de reunir las características exigidas en el Art. 177 CP, ya que *per se* no se trata de un atentado contra la integridad moral.

Realización de los hechos empleando armas. En cuanto a esta posibilidad agravatoria, igualmente queda desvestida de su consideración de atentado a la integridad moral al verificarse que la misma no es más que el refuerzo o el mayor desvalor en la realización de un ataque, que puede ser tanto físico –sobre el cuerpo de la víctima–, como moral, –por ejemplo, reafirmando unas amenazas o unas coacciones–; pero al tenerse en cuenta que ya habría delito sin la presencia del arma, y que ésta únicamente va a servir para potenciar el mismo, no debe figurar este extremo como generador de la doble imposición que recoge el Art. 177 CP, aun contando con el mayor potencial lesivo que supone el empleo de un arma.

En similares términos debe ser rechazada, igualmente, la circunstancia de realizar el hecho o hechos quebrantando una pena de las recogidas en el Art. 48 CP, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza²⁶⁹, la cual por sí misma no entraña un delito contra la integridad moral de la víctima, no obstante su esperanza de sentirse más segura en consciencia de que tiene su agresor prohibido legalmente el acercamiento o la comunicación con ella²⁷⁰, ya que, si bien el cometer el hecho en este momento implica ya la agravación específica del Art. 173, no debería reconducirse igualmente al Art. 177 por consistir ésta en la mera vulneración de una realidad procesal²⁷¹, pero no en un auténtico atentado moral contra la víctima²⁷².

²⁶⁸ Sobre ello, Cuello Contreras y Cardenal Murillo sostienen que “la misma agravación podría haber sido aplicable a delitos como el de violación o el de homicidio”. CUELLO CONTRERAS, J / CARDENAL MURILLO, A. Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica. En CARBONELL MATEU, J. C. (AA.VV) *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson. 2006. p. 257.

²⁶⁹ La SAP Valencia 1215/2011, de 25 de junio, recoge en su FJ segundo que “El bien jurídico que protege el art. 468 CP viene constituido por la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales. De ahí que numerosos pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo establezcan que la vigencia del bien jurídico protegido no queda empañada ni aun por el consentimiento de la mujer”. Para Muñoz Cuesta, el bien jurídico que protege dicha prohibición legal es “el buen funcionamiento de la Administración de Justicia”. MUÑOZ CUESTA, J. Quebrantamiento de condena. En HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (AA.VV), *Los Delitos contra la Administración de Justicia*. Madrid: Aranzadi. 2002. pp. 297-315.

²⁷⁰ Mirat Hernández y Armendariz León basan la importancia de la medida en “alejar al condenado del contexto social en el que ha nacido la ocasión del delito, eliminando una ulterior repetición de aquél”. MIRAT HERNÁNDEZ, P. / ARMENDARIZ LEÓN, C. *Violencia de género, género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. 1ª ed. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. 2006. p. 135.

²⁷¹ A juicio de Ramos Mendez, “esta clase de medidas tienen una naturaleza claramente tuitiva de las víctimas”. RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Barcelona: Atelier. 2006. p. 248.

²⁷² La SAP Guipúzcoa 772/2006, de 26 de septiembre, FJ Cuarto, basa el fundamento de la prohibición de aproximación a la víctima en la “tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege”.

Por todo ello, salvo el extremo visto de la agravante consistente en realizar el hecho en presencia de menores, la relación de la otras tres circunstancias con el Art. 177, no lo es a título de concurso de delitos, sino que se tratará estrictamente de un concurso de normas, ya que dos artículos, incompatibles entre sí en cuanto a su aplicación, –según hemos visto–, recogen ambas incriminaciones, por lo que una vez más, la respuesta deberá hallarse en la primera cláusula del Art. 8 CP “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

8.6. Modificación del artículo 173 del Código Penal.

Tras todo ello, vamos a cerrar la reforma concerniente al Art. 173 CP operada por la Ley en estudio, dejando al artículo redactado como sigue, sin perjuicio de la modificación que en él operó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que veremos más adelante: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que habitualmente²⁷³ ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar²⁷⁴, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, 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 uno a cinco 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.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen

²⁷³ Sobre este concepto, Magro Servet señala que “a la hora de valorar las ventajas de aplicar la habitualidad en la violencia doméstica, debemos señalar que el Gobierno reconoció ante una pregunta parlamentaria formulada al efecto en el Senado –BOCG Senado, de fecha 14 de septiembre de 2001, p. 80– que la habitualidad y la detección de las denuncias previas es lo que resulta más trascendental de cara a la calificación de los hechos y su inclusión en el tipo penal recogido en el Art. 173.2 (en el momento en el que se hizo la pregunta parlamentaria, 153) así como de cara a la adopción de medidas cautelares y que las estadísticas disponibles del año 2000 reflejan la existencia de hasta 4.614 agresores contra los que se había interpuesto más de una denuncia”. MAGRO SERVET, V. *Soluciones de la Sociedad Española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. 1ª Ed. Madrid: La Ley. 2005. p. 251.

²⁷⁴ La Circular de la FGE 4/2003 estima que, tras la reforma de 2003, la voluntad del legislador es ampliar el ámbito de aplicación del precepto: “la mención a *descendientes, ascendientes o hermanos* incluye expresamente a los que lo sean por *naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente*, sin exigirse –como se hacía antes– ningún requisito de convivencia con el agresor. p. 3.

quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

La primera edición del vigente Código Penal ofrecía un Art. 173 en el que únicamente figuraba el primer párrafo, entrañando por ello los números 2 y 3, la gran novedad introducida por esta Ley.

La “habitualidad”²⁷⁵, término sobre el que volveremos, supone como novedad, ahora en su definitiva ubicación, que junto a la pena asignada a cada uno de los actos violentos que la integran, y siempre en el ámbito familiar, se le impondrá al autor conjuntamente la pena de prisión de seis meses a tres años, la de privación de la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, y a discreción del juez o tribunal, y en aras del interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años.

La interpretación del término habitualidad que ahora hace el Art. 173.2 CP, va a suponer para Agudo Fernández²⁷⁶ una nueva agravante de reincidencia cualificada, que obedece al propósito confesado de dar “una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas”.

Las decisiones descritas fueron tomadas, de la siguiente manera: El artículo primero apartado séptimo del Proyecto de Ley modificaba íntegramente el Art. 153 al recogerse en el mismo, según apareció en su publicación, como delito, las conductas que hasta entonces eran meras faltas, siendo el artículo primero, apartado octavo del mismo Proyecto de Ley, el que trasladaba el anterior delito de maltrato habitual, según acabamos de ver, con un texto nuevo, al segundo número del Art. 173 CP, que crea expresamente, con la novedad legislativa de situar el delito de maltrato habitual en el título VII, de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, produciéndose entonces un cambio del que ya se ha hablado: la nueva conceptualización del bien jurídico lesionado con este delito, que pasa de ser la salud e integridad física, a la dignidad de la persona y el derecho a una ambiente tranquilo para el desarrollo de su personalidad²⁷⁷.

La Ley, así, junto al traslado de los malos tratos habituales al Art. 173.2 CP, también amplía la protección de las víctimas²⁷⁸ (con relación a la anterior

²⁷⁵ El concepto de la habitualidad ha de ser entendida aquí, a juicio de Ruiz Vadillo como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal. RUÍZ VADILLO, E. Las Violencias Físicas en el Hogar, *Actualidad Jurídica*, nº 326. 1998. p. 1.

²⁷⁶ AGUDO FERNÁNDEZ, E., La nueva agravante de reincidencia cualificada en 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, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 81. 2003. p. 434.

²⁷⁷ Y que ha llevado a Polaino Navarrete a decir que con dicha ubicación “se ha incurrido en el incomprensible contrasentido técnico y sistemático de duplicar la regulación del maltrato familiar en dos sedes diversas, la cual ha quedado así desestructurada, adoleciendo de falta de unidad de bien jurídico desde el punto de vista de la cobertura legal. POLAINO NAVARRETE, M. *Ob. Cit. Lecciones de D. Penal. Parte especial*. 2010. p. 185.

²⁷⁸ *Vid.* OLMEDO CARDENETE, M. Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de

regulación que hacía el Art. 153 CP), incluyendo a la persona que esté o haya estado unida al actor por una relación de afectividad aunque no se haya acompañado de convivencia, a las conductas de maltrato sobre persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre bajo la custodia o guarda de centro público o privado, y a cualquier persona que se encuentre dentro del núcleo de convivencia del autor, y al igual que se recogió en el Art. 153, se condenará aquí con la pena privativa de derechos relativa a la tenencia y porte de armas y, potestativamente, con la de la inhabilitación especial para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento²⁷⁹.

En relación a la inclusión referida de la protección a persona vulnerable que se encuentre sometida a custodia o guarda en centro público o privado, se echa en falta en la redacción del texto del artículo una mayor especificación del tipo de centro –público o privado– en el que puede estar sometido a su custodia o guarda la persona vulnerable. Al igual que se hace en el Art. 96.2 CP, donde se explicitan los centros en los que puede tener lugar el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad, la abierta fórmula empleada por el tipo del 173.2 –y recordemos, válida asimismo para el Art. 153– deja lugar a cierta incertidumbre sobre si sería, por ejemplo, aplicable al caso de un menor –por ello, vulnerable–, que se encuentre interno en un colegio público o privado, situación que se hallaría ya recogida entre las situaciones descritas en las líneas anteriores del texto del artículo.

Igualmente, el Código no resuelve la situación que podría darse en la práctica, de que la conducta violenta –para los casos del Art. 153–, o la pluralidad de conductas violentas, tuviesen como sujeto pasivo a la persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados, pero dependiente del cónyuge o de la persona que conviva con el actor. Para estos casos, Luzón Cuesta²⁸⁰ apunta que deberá apreciarse la figura de la comisión por omisión del Art. 11 CP, ya que el cónyuge o conviviente se coloca en estos casos en la posición de garante de la persona que de él dependa.

Como novedad introducida por la Ley, se destaca además la agravación específica que aparece en el segundo párrafo de este apartado segundo, –de la cual ya se ha hecho un previo esbozo– consistente en imponer la pena en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima²⁸¹, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el Art. 48 CP, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza, extremo que por merecer un estudio aparte, nos remitimos a lo referido en el apartado de este trabajo dedicado al Art. 153 CP.

la violencia doméstica y de género. *Ob. Cit. La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 344.

²⁷⁹ La STS 568/2001, de 6 de julio ya aclaraba que “la pena de inhabilitación se refería exclusivamente al menor o incapacitado objeto del agravio, y no a cualquier otro”.

²⁸⁰ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson. 2004. pp. 113 y ss.

²⁸¹ Diremos aquí que la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la FJE, aclara que, en cuanto a la exigencia de perpetrarse el hecho en presencia de menores, es suficiente que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor, que no puede ser la víctima del delito, y que ha de estar integrado en el círculo de sujetos exigido en el n° 2 del Art. 173.

9. LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

9.1. Justificación histórica.

La Ley Orgánica 15/2003, modificó un total de 180 artículos en el Código Penal, tanto de la Parte General como de la Especial. La reforma entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Las reformas que contiene, se abordaron en el marco de una revisión parcial, pero sistemática y coherente, del actual texto Penal. Por ello, se aprecia que las modificaciones operadas en un importante número de artículos responden exclusivamente a la inclusión de determinadas novedades de carácter técnico, como son la sustitución de las denominaciones en pesetas por euros, la inclusión de nuevas penas –en tal sentido, suprime la pena de arresto de fines de semana, y correlativamente, para llenar el hueco dejado por ésta, incorpora la pena de prisión de corta duración y la pena de localización permanente y potencia la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y la pena de multa–, y la mejora de la sistemática, entre otras²⁸².

9.2. Modificaciones en el Libro I del Código Penal.

Así, de las vistas, las reformas más destacables en la parte general del Código Penal, en lo que a este trabajo afecta, serán las siguientes:

La duración mínima de la pena de prisión pasa de los seis a los tres meses; según Gutiérrez Romero, debido a que se considera más adecuada la imposición de una pena privativa de libertad de corta duración en la comisión de delitos de escasa entidad, por cumplir así la pena de manera más adecuada su función de prevención general²⁸³. Se amplió la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida o durante los posibles regímenes de semilibertad, o después de su cumplimiento. Se establecieron por separado las siguientes tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y, por último, se mejoró técnicamente la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra

²⁸² Sobre ello, la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la FGE, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, recoge que “Deben también tenerse presentes los supuestos en los que concurriendo conformidad y aplicándose la reducción en un tercio de la pena solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 801.2 LECrim se rebaje la pena por debajo de los tres meses. En estos casos el precepto referido permite la rebaja “aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal”. p. 2.

²⁸³ GUTIÉRREZ ROMERO, M. F., Novedades introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Diario la Ley*, nº 6389, 2005. pp. 2-7

la violencia doméstica. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente.

De los artículos modificados en el Libro I, Parte General del Código Penal, nos interesa la nueva redacción dada al Art. 48, dentro de la Sección 3ª, dedicada a las penas privativas de derechos, dentro del Capítulo I “De las Penas, sus clases y efectos”, del Título III “De las penas”, la cual será: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena²⁸⁴. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

En su nueva redacción, vemos la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que se pudiera haber reconocido a los hijos comunes de agresor y víctima, en sentencia civil, hasta el cumplimiento total de la pena. La Ley amplía además la duración máxima de las penas de alejamiento y de prohibición de aproximación a la víctima en el Art. 40.3: “La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a 10 años”. En el Art. 57, artículo que como hemos visto, fue igualmente objeto de la reforma operada por esta Ley Orgánica, se recoge expresamente en su apartado 1º la posibilidad del cumplimiento simultáneo de la pena privativa de libertad, y de las aludidas penas privativas de derechos²⁸⁵, saliendo al paso de posibles acercamientos o cualquier tipo de comunicación del autor con la víctima durante las salidas de permiso ordinario recogidas en el Art. 47 de la LOGP 1/1979, y sus correlativos, 154 y 155 del vigente RP (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), para los casos en que el reo se encuentre progresado al régimen de semilibertad del tercer grado de tratamiento (Arts. 65.2 LOGP, y 80 y ss. RP), o para los casos de concesión de libertad condicional de los Arts. 90 y ss. CP.

²⁸⁴ La Circular 2/2004, de 22 de diciembre de la FGE, sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre sostiene que “Pese a la defectuosa redacción del precepto, ha de optarse por una interpretación del mismo acorde con la necesaria individualización de la pena a las circunstancias del autor y el hecho y respetuosa con el principio del superior interés del menor”.

²⁸⁵ *Id.* igualmente Art. 73 CP, el cual establece un principio general de cumplimiento simultáneo de la penas, al disponer que “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

En el Art. 57 CP, apartados 2 y 3 se recoge expresamente: “2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes (...), se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620” (medidas consideradas imprescindibles en orden a garantizar la deseable tranquilidad y sensación de protección penal de las víctimas de este tipo de delincuencia).

En el apartado cuarto del Art. 48, el legislador se adelanta a la posibilidad, entonces no materializada, de la colocación de dispositivos telemáticos²⁸⁶ para el control de las medidas recogidas en los apartados anteriores²⁸⁷.

9.3. Modificaciones en el Libro II del Código Penal.

Por lo que se refiere a la reforma de la parte especial del Código Penal, las modificaciones introducidas vistas pueden estructurarse en torno a dos categorías: aquellas que se refieren a los criterios generales sobre la penalidad a imponer en cada caso²⁸⁸, que son, principalmente, consecuencia de las anteriores modificaciones de la parte general, y aquellas que se refieren a tipos delictuales nuevos.

Las primeras se han incluido teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, coherencia y respeto a la sistemática que preside esta reforma, teniendo en cuenta, en casos concretos, para imponer la penalidad correspondiente las circunstancias sociales, económicas y culturales del infractor²⁸⁹.

Por ello, de las modificaciones ya comentadas, en cuanto a los delitos en estudio, cabe destacar las siguientes:

- Se modificó el artículo reservado al quebrantamiento de condena, el 468 CP, que en lo que aquí nos afecta, el cual (si bien fue posteriormente objeto de nueva reforma por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y en último

²⁸⁶ Para Whitfield, la posibilidad actual de miniaturizar a través de un chip cualquier información y transmitirla vía telemática de modo casi instantáneo a cualquier punto del globo amplía ilimitadamente la capacidad de vigilancia, quedando como único escollo los problemas de cobertura y los fallos del sistema, aspectos ambos que van camino de solucionarse. WHITFIELD, D. *The Magic Bracelet. Technology and Offender Supervision*. Reino Unido (Winchester): Ed. Waterside Press. 2001. pp. 64 y ss.

²⁸⁷ En cuanto a esta medida, la misma se halla ratificada por la posición del TS sobre la pena de alejamiento de la STC 60/2010, de 7 de octubre de 2010 y la del STJE, Sala cuarta, de 15 de Septiembre de 2011, que sostiene el carácter discrecional de la pena en los procedimientos de violencia doméstica (Art.57.2). Para Luzón Peña, el punto esencial de debate que crea esta medida se da en cuanto a la relación de los derechos fundamentales con los principios constitucionales y los político-criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, al encontrarse en cuestión, tanto la dignidad humana y la prohibición de medidas contrarias a ella, como el control técnico e informático de la intimidad y de la libertad, y los principios de necesidad y proporcionalidad. LUZÓN PEÑA, D. (Director), *Código Penal Comentado*. Madrid: Edersa. p. 61.

²⁸⁸ Arts. 68 y 70 a 74 CP, afectados por la reforma en análisis.

²⁸⁹ Exposición de motivos (II), LO 15/2003, de 25 de noviembre.

lugar –en su apartado 2–, por la Ley Orgánica 5/2010), recoge la posibilidad del castigo del quebrantamiento de la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o de residencia en ciertos lugares que se haya impuesto en sentencia²⁹⁰, para los casos de víctimas de las reflejadas en el Art. 173.2, y que pasará a incrementar la pena que figura recogida en el apartado 1.

- Se han mantenido los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos, y se ha incorporado una falta para el caso de las conductas de infima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico según se recogen en el Art. 618.2 CP: “El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.

9.4. Modificaciones en el Libro III del Código Penal.

Las faltas reflejadas en el Art. 620.2 CP –figuras igualmente modificadas por esta Ley Orgánica, que experimentaron posteriormente otra reforma, la operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre–, que recogen expresamente las faltas de amenaza²⁹¹, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito²⁹², y que poseen, en el último párrafo del artículo la posibilidad de ser cometidas contra los sujetos a que se refiere el Art. 173.2 CP, por ser objeto de estudio en otro capítulo de este trabajo, no serán aquí analizadas en profundidad. No obstante, sí apuntamos una controversia en la redacción de este último párrafo del Art. 620 CP, que consiste en no aclarar si, en el caso de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad –para el caso de víctimas del Art. 173.2–, estos necesariamente tendrán como sede un lugar alejado del domicilio y del entorno de la víctima²⁹³.

El párrafo aludido, reza: “En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre

²⁹⁰ El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y de comunicación respecto de la víctima impuestas al autor de este tipo de violencia, como medidas cautelares o como penas accesorias, se castiga a través del delito de quebrantamiento de condena, ya desde la primigenia redacción del Art. 468 del Código Penal de 1995: “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

²⁹¹ La SAP Burgos 1072/2010, de 22 de julio, interesante para los casos de la prueba de la veracidad de las amenazas del autor a la víctima, resuelve la controversia “otorgando mayor credibilidad a la versión del denunciante, quien se ha mantenido constante en todas sus compareencias y se ha visto, a su vez, apoyado por la versión de los testigos aportados, a los que se halla unido por vínculo de parentesco”.

²⁹² En la STS 6674/2005 de 31 de octubre, se recoge que “la falta contenida en el Art. 620.2” protege el derecho de todos al sosiego y a la tranquilidad en el normal desarrollo de su vida cotidiana. Tiene idéntica estructura que los delitos cuya definición comparte, por lo que la diferencia entre ambos radica en su gravedad, que deberá ser valorada en función de la ocasión en que se exterioriza, las personas que intervienen, los actos anteriores, simultáneos o posteriores...”.

²⁹³ Al no tener reservada pena de prisión, no se aplica el párrafo segundo del punto 1 del Art. 57 CP.

en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”. A la vista de su redacción gramatical, queda aclarado el caso para la imposición de pena de localización permanente, pero sin embargo, para su pena alternativa, unida a la frase que recoge la pena de localización (privativa de libertad), y su complementaria, de alejamiento (privativa de derechos), separada de ésta por una conjunción disyuntiva, esto no se encuentra solucionado de manera inequívoca. La solución gramatical pasaría por haber reservado para el final de la frase, tras el enunciado de ambas penas, una frase del tenor “que se llevarán a cabo en lugar alejado del domicilio o lugar de trabajo de la víctima”.

En todo caso, una interpretación gramatical de carácter lógico, invita a pensar que esto último va a ser realmente lo que ha querido decir el Código, opinión que comparte Valdecabres Ortiz²⁹⁴.

9.5. Modificaciones en materia de suspensión y sustitución de penas.

Como última novedad que afecta al tipo de delincuencia que estudiamos, la Ley Orgánica 15/2003 modificó asimismo la situación relativa a la suspensión o sustitución de penas recogida en los Arts. 80 y ss. CP, de los cuales modifica los Arts. 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87 y 88 CP, recogiendo la especificidad que comentamos, en el Art. 83.6 segundo párrafo, en el que se prescribe que la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al Art. 80.2 CP. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado: “(...) 6. Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste (...).

Si se tratase de los delitos contemplados en los Arts. 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión²⁹⁵ al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1 y 2 de este apartado. 1. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2. 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.”

(Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a la que dedicaremos el número 11 de la Parte Tercera de este trabajo de investigación, modifica este segundo párrafo del número 6º del Art. 83 CP, quedando la redacción como sigue, –si bien los extremos “de defensa del medio ambiente” y “de protección de los animales”, recogidos como obligación 5ª, son incluidos por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio–:

“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

²⁹⁴ VALLDECABRES ORTIZ, I., La tutela penal en la Ley Integral. En AA.VV. *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*. Ministerio de Justicia: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2005. p. 31.

²⁹⁵ En el párrafo tercero del número 1 del Art. 88 CP, se recoge la imposibilidad de la sustitución de las penas impuestas por delitos de violencia de género por pena de multa.

obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado (1. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2. 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. 5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares”)²⁹⁶.

Con todo, y a la vista de este párrafo segundo del apartado 1, 6^a, del Art. 83 del Código Penal, se producirán en la práctica situaciones no resueltas en principio por la propia regulación hecha en los artículos aludidos; así, ¿cómo se resolverá el caso de un condenado que tuviese aplicada la suspensión de la condena, y hubiera participado en un Programa formativo de educación sexual, pero el resultado final otorgado por el Instituto que lo imparte fuera el de “no apto”?

10. LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

10.1. Antecedentes sobre el alejamiento de la víctima.

Los antecedentes de esta Orden aparecen en la conocida como *Protection Order* vigente en los países de la órbita anglosajona, figura altamente empleada tanto en EE.UU. como en Australia. Se trata de un mandamiento dictado por un juez para proteger a una persona frente a otra, con validez en todo el territorio de un estado. La orden se dicta con ciertas condiciones que el destinatario estará obligado a cumplir²⁹⁷, siendo la principal la prohibición de mantener todo contacto directo o indirecto con la víctima. Dichas *protection orders* van a ofrecer determinadas variaciones en su ámbito y duración de un ordenamiento a otro.

En los casos de incumplimiento de las condiciones que incluyen estas órdenes, el imputado se enfrenta a consecuencias como una multa, el ingreso en prisión y/o la reclusión en una institución psiquiátrica.

En nuestra normativa, la posibilidad del acuerdo por parte de un juez de ordenar el alejamiento del agresor de su víctima, presenta como antecedente el Art. 13 LECrim para los autores de los delitos recogidos en el Art. 57 CP, que ya se expresaba “Consideráanse como primeras diligencias²⁹⁸”: Las de dar protección

²⁹⁶ Para Larrauri Pijoan, “estas prohibiciones muy lógicas en algunos casos serán muy ilógicas en otros. El legislador presume que todos los supuestos de violencia doméstica tienen una misma gravedad. Y además desconoce la voluntad de la víctima quien en algunos casos manifestará su clara oposición a la imposición de estas reglas de conducta”. LARRAURI PIJOAN, E. *Violencia de género. La visión de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*. Indret 1/2009. p. 12.
URL: www.indret.com. (Consultado: 6-5-2013).

²⁹⁷ Delgado Martín refiere que “se trata de un mandamiento emitido por un Juez para proteger a una persona frente a otra, con validez en todo el territorio estatal, y que contiene ciertas condiciones que el destinatario tiene la obligación de cumplir, como por ejemplo la prohibición de poseer armas de fuego, o la prohibición de mantener todo contacto directo o indirecto con la víctima”. DELGADO MARTÍN, J. La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. *La Ley Penal*. nº 2. 2004. p. 4.

²⁹⁸ Para Urbano del Castrillo, esas “primeras diligencias eran ambiguas, genéricas y de escasa utilización pese a las ilimitadas potestades judiciales que implicaban”. URBANO DEL CASTRILLO, E. El alejamiento del agresor en los casos de violencia familiar. *Revista Jurídica La Ley*. nº 2. 2001. pp. 1632 y ss.

a los perjudicados, consignar las pruebas del delito...”.

El segundo paso podría ser el dado por la ya analizada Ley Orgánica 14/1999 en la nueva redacción que da al citado Art. 13 LECrim: “Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley” (artículo que analizaremos posteriormente).

10.2. Oportunidad histórica.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica²⁹⁹, apareció poco tiempo antes de la publicación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La Ley 27/2003 es asimismo previa a dos Circulares de la FGE, la 3/03 de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, y la 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, la cual, por su parte, realiza un profundo estudio de las nuevas figuras penales creadas para la persecución de la violencia doméstica (en concreto sobre el delito de maltrato ocasional y del maltrato habitual, donde hace un análisis del concepto de habitualidad, rechazando la teoría de esperar a un tercer acto violento para poder apreciarla –teoría “aritmética”–³⁰⁰, y un estudio de los subtipos agravados y de los problemas concursales derivados, relativos a la imposibilidad, por manifiesta vulneración del principio de *non bis in idem* de la aplicación del mismo agravante a un hecho enjuiciado de acuerdo a los Arts. 153 y 173.2 CP, así como el no ser posible con arreglo a derecho aplicar la circunstancia mixta de parentesco del Art. 23 CP, en su consideración de agravante a ninguno de los dos artículos referidos, por entenderse ínsita ya en ambos tipos³⁰¹. En cuanto a la problemática surgida en el Libro III, de las faltas, por motivo de las novedades en estudio, aclara que seguirán conceptuándose como faltas tanto los hechos recogidos en el Art. 617 siempre que la víctima no perteneciese al entorno familiar o asimilado del agresor, como las conductas del Art. 620 –amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejaciones injustas–, incluso cuando tengan lugar entre el sujeto activo y pasivo que recoge el Art. 173.2 (exceptuándose las amenazas leves con armas del párrafo primero del Art. 153 CP.

²⁹⁹ Berbell recoge que “se trata de una institución desconocida en varios países europeos, tales como Francia, Italia o Portugal. No obstante, si existe en Austria desde 1997, con una sistemática análoga a la Orden española, y en Alemania desde 2001”. BERBELL, C. La violencia doméstica en el mundo. En AA.VV. La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2005. pp. 243-253.

³⁰⁰ Vid. MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A., *Ob. Cit. El derecho contra la violencia de género*. 2007. p. 104.

³⁰¹ Vid. Art. 67 CP: Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse. Lo que va a ser igualmente predicable de los delitos contra la libertad sexual cometidos por parientes, regulados en los tipos de los Arts. 180. 4º, 182. 1º, 189. 2º, 192. 1º CP, así como de los delitos de bigamia o abandono de familia.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, fue objeto de un minucioso estudio por parte de la FGE, en la citada Circular 3/03, al analizar diversos aspectos relativos a la implantación práctica de los preceptos recogidos en el novedoso Art. 544 ter de la LECrim, y crear un Protocolo³⁰² que facilita a las potenciales víctimas la solicitud de la orden. Dispone igualmente que la orden se podrá dictar aun en los casos en que no comparezca el agresor en el acto del procedimiento adaptado para la aplicación de la orden, ya que, según veremos, tras su recepción por el juez de guardia, éste convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado³⁰³.

10.3. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley en estudio se va materializar, por ello, en la modificación de la LECrim en su Art. 13, en el sentido de hacerle compatible con la aplicación de las medidas recogidas en el Art. 544 ter³⁰⁴, que, por otra parte, crea. El primer artículo va a arbitrar las siguientes primeras diligencias:

- a) Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.
- b) Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente.
- c) Detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito.
- d) Proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el Art. 544 bis LECrim o la orden de protección prevista en el Art. 544 ter, que, según se ha dicho, esta Ley 27/2003 crea, y que recoge en su primer número los requisitos que deben darse para que se dicte la orden de protección aludida, al decir que “El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 CP (*quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al actor por análoga relación, aun sin convivencia, persona especialmente vulnerable que con él conviva, o demás personas recogidas en el artículo 173.2 del C. Penal*), resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”.³⁰⁵

³⁰² Protocolo que fue aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, constituida el día 22 de julio de 2003.

³⁰³ Recoge Larrauri que la realidad muestra “que un gran número de mujeres acude a los juzgados para obtener protección frente al agresor, más que su castigo”, en “¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”. LARRAURI PJOAN, E. Dogmática y Ley penal. En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.). *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 363.

³⁰⁴ Para Lamo Rubio, “a diferencia de lo que sucede en relación con la medida cautelar recogida en el artículo 544 bis de la LECrim, en la que se fijan unos criterios determinados para determinar si se adoptan o no las medidas, en la orden de protección del Art. 544 ter en realidad no se fija criterio específico alguno, de modo que el Juez o Tribunal, a la hora de adoptar tal decisión, además de verificar la existencia de los presupuestos, deberá tener en cuenta los criterios establecidos respectivamente en la normativa penal y civil para adoptar las medidas que finalmente considere que proceden”. LAMO RUBIO, J. La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica instaurada mediante la LO 27/2003. *Revista de Actualidad Penal* nº 42. 2003. pp. 1045–1070.

³⁰⁵ Montalbán Huertas concede a la orden en análisis tal importancia que llega a conceptuarla como un

Habida cuenta de que la Ley 27/2003, de 31 de julio, fue dictada con anterioridad a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social, que en cuanto a lo que nos afecta aquí, fue la responsable de la separación de los Arts. 153 y 173.2 CP, según hemos visto, las referencias hechas al Art. 153, deben entenderse hechas al actual 173.2.

La orden de protección será acordada por el juez³⁰⁶ de oficio³⁰⁷ o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o a instancia del Ministerio Fiscal.

En el capítulo dedicado a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, veremos cómo igualmente, y tras la entrada en vigor de ésta Ley, la orden podrá ser dictada por el Juez de Violencia contra la Mujer, específica figura que crea la Ley Orgánica de referencia.

El hecho de recogerse en su texto la posibilidad de que pueda dictarse la orden frente a los autores tanto de delito como de falta relacionada con este tipo de delincuencia, sale al paso de los problemas derivados de la aplicación del Art. 544 bis (auténtico antecedente de la estudiada protección a las víctimas) según fue introducido en la LECrim por la Ley 14/1999, el cual quedaba reservado a la comisión de delitos, con la redacción: “Se añade un nuevo artículo 544 bis, con la siguiente redacción: En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición(...)”.

10.4. Unificación de los distintos mecanismos de tutela y protección tanto civiles como penales.

La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas³⁰⁸. Pretende que, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección³⁰⁹ que concentre de forma coordinada una acción cautelar

“derecho de la víctima y su familia a recuperar la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o posteriores represalias del agresor”. MONTALBÁN HUERTAS. I. *Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004. p. 155.

³⁰⁶ Magro Servet aclara que la orden debe dictarse por el juez de guardia, con independencia de que la tramitación de la causa se lleve en otro juzgado, evitándose así el *peregrinaje* de la víctima por los juzgados. MAGRO SERVET, V. La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. *Diario La Ley* nº 582. 2003.

³⁰⁷ Para Delgado Martín “La posibilidad del dictado de oficio de la Orden por el Juez tiene como fundamento el terminar con posibles comportamientos abstencionistas en tal sentido de la víctima, los cuales pueden deberse a múltiples razones de naturaleza, tanto sociocultural (derivados de la educación recibida por la víctima, rol social de la mujer...), como económica (posible dependencia económica de la víctima, escasos recursos...) o psicológica (dependencia emocional, sentimientos de autoinculpación)”. DELGADO MARTÍN, J. La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. *Revista Derecho y Jueces*, año 2, nº 10, octubre 2003. p. 3.

³⁰⁸ A este fin, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, establece en su Disposición Adicional primera la manera en la que deberá efectuarse la comunicación de las órdenes de protección a las Administraciones Públicas competentes en materia de protección social.

³⁰⁹ Senés Montilla recoge que “La legitimidad de la adopción de la Orden de Protección tiene que ver con una situación objetiva de riesgo para la víctima que el juez deberá individualizar en la resolución que la

de naturaleza civil y penal³¹⁰. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia³¹¹, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador.

Con ello se comprueba que uno de los propósitos de la Ley es la unificación de los distintos mecanismos de tutela y protección de las víctimas de los delitos de malos tratos, tanto civil como penal.

10.5. Solicitud de la Orden de Protección.

Con relación a las personas que pueden solicitar al Juez de instrucción –y después, al Juez de Violencia Contra la Mujer, según se analizará– la emisión de la orden (sin perjuicio de su discreción para dictarla de oficio), y que según hemos visto, son la propia víctima³¹² o “persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior”, o del Ministerio Fiscal, al decir del Art. 2 de la Ley, en la redacción que da al segundo apartado del Art. 544 ter, se observa que ésta no ha sido felizmente conseguida, ya que no queda claro si cualquiera de las *demás* personas recogidas en el Art. 153 –según se ha reflejado– podrán instarla al Juez en nombre de la víctima, si podrán hacerlo en nombre propio, siempre que tengan capacidad procesal para ello, o si tras la expresión “con ella”, realmente, el legislador quería referirse a la relación de la víctima con la persona del autor de la falta o delito de maltrato. La interpretación que parece más adecuada, sería la primera de las expuestas, que permite la solicitud de la orden a cualquier familiar del sujeto pasivo, así como, obviamente, al Ministerio Fiscal. Una segunda versión será el hecho de permitir a cualquier *familiar* a quien importe la salud física o psíquica de la víctima, el denunciar la situación ante la posibilidad de que el estado emocional del sujeto pasivo no le permitiese dar el paso que estudiamos. En el siguiente párrafo se hace un

imponga, y que es independiente de la gravedad de la infracción penal que se imputa al agresor”, con lo que vemos que la Orden “mira” hacia el futuro inmediato intentando evitar actos dañosos sobre la víctima. SENÉS MONTILLA, C. Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género. *Diario La Ley*. nº 6644, 2007.

³¹⁰ Las víctimas quedan amparadas por un estatuto integral de protección a través un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción en un plazo máximo de 72 horas.

³¹¹ Sobre ello, Faraldo Cabana recoge que el trasfondo de una medida como ésta “se basa en una estrategia que se apoya en la idea de que todos los autores de este tipo de violencia son sujetos a los que hay que tener controlados incluso en libertad”. FARALDO CABANA, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. pp. 191 y ss.

³¹² Sobre ello, recogen Cuadrado Salinas y Fernández López que “para el dictado de la orden, el juez deberá valorar los indicios de la existencia de de un cuadro de violencia, así como el peligro potencial para la víctima, y aunque para su detección pueden emplearse varios medios, el más habitual es la propia declaración de la víctima”. CUADRADO SALINAS, C. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. *Feminismo/s. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, nº 8. 2006. p. 154.

recordatorio al deber general de denuncia previsto en el Art. 262 de la LECrim para las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados (Hospitales, ambulatorios, asistencia sanitaria en general), que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior, que deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

En el siguiente apartado se recoge la relación de instancias ante quienes se podrá solicitar la aplicación de la orden, pudiendo hacerse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Cinco instancias diferentes, que permiten afirmar la agilidad y la cercanía con la que se pretendió que naciese la orden. Una vez presentada, eso sí, ésta habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, el juez ante el que se haya solicitado ésta deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente³¹³.

En un segundo párrafo se plasma un imperativo a los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente por el que éstas facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia, la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición además, información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

10.6. Audiencia a la víctima.

El artículo, recoge posteriormente el siguiente acto del procedimiento para la aplicación de la orden, consistente en que tras su recepción por el juez de guardia, éste, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado³¹⁴. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Sigue diciendo la Ley que esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el Art. 504 bis 2 LECrim –si bien al respecto, recordar que dicho artículo, relativo a la prisión provisional fue derogado por la

³¹³ Sotorra Campodarve añade la posibilidad de que puedan surgir problemas, derivados de la eventual concurrencia competencial entre el Juez de Guardia y el Juez de Violencia sobre la Mujer, a los que la ley no ha facilitado solución expresa. Uno de ellos deriva de la posibilidad de que el Juez de Guardia, o el Juez ante el que se haya presentado la solicitud de protección, y que posteriormente resulte incompetente desde un punto de vista territorial, se haya pronunciado sobre tal petición, ya concediéndola, ya denegándola, antes de remitir el procedimiento al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente, y alguna de las partes recurra la referida decisión, pues la competencia para resolver el recurso de reforma ha suscitado dudas entre los profesionales del Derecho. SOTORRA CAMPODARVE, M. C. *Protección en el ámbito penal*. En *Ob. Cit. Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 412.

³¹⁴ En este sentido, Lamo Rubio. aclara que “si partimos de la importancia de las decisiones a adoptar tras la celebración de tal comparecencia, que incluso en casos de hechos constitutivos de falta pueden dar lugar a la adopción de medidas provisionales previas a la demanda a que se refiere el Art. 771 y ss de la LEC, medidas de carácter civil, pero en relación con las cuales, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la asistencia de letrado, es difícil imaginar alguna hipótesis en la que no sea preceptiva dicha asistencia de letrado. LAMO RUBIO, J. En *Ob. Cit.* pp. 1045 a 1070.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional–, cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el Art. 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de la LECrim –procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos– o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. La audiencia deberá celebrarse durante el servicio de guardia, y si esto no fuese posible, el juez ante el que hubiese sido presentada la solicitud, la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de dicha solicitud.

Durante la audiencia, el juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia³¹⁵. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado³¹⁶.

10.7. Resolución judicial.

Celebrada la audiencia, el juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Con todo, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el Art. 544 bis LECrim. En ello vemos que el principio de contradicción y el sistema de garantías que informa nuestro ordenamiento procesal alcanza incluso a este procedimiento, al permitir que el imputado se encuentre representado por abogado para la salvaguarda de las garantías procesales que le asisten.

10.8. Alcance y contenido de la orden de protección.

En cuanto al alcance y contenido de la orden de protección, estos aparecen reflejados en los apartados quinto y sexto del nuevo Art. 544 ter³¹⁷.

La orden de protección tendrá efectividad ante cualquier autoridad y Administración pública.

Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en los Arts. 486 a 488, (la citación); en los Arts. 489 a 501 (la detención); en los Arts. 502 a 527 (prisión provisional); en los Arts. 528 a 544 (libertad provisional), siempre, según el caso concreto; y en el Art. 544 bis, todos

³¹⁵ LAMO RUBIO, J. refleja que aunque nada diga expresamente la Ley, parece lógico comenzar las declaraciones por la víctima y demás familiares, para a continuación, cuando se oiga al agresor, ponerle de manifiesto lo que hayan declarado las anteriores, a fin de que pueda ejercer con efectividad su derecho de defensa, sin perjuicio, en su caso de volver a oír a la víctima a la vista de lo que declare el agresor, y después de nuevo a este, a modo de última palabra. *Ob. Cit.* pp. 1045-1070.

³¹⁶ Ante la posibilidad de de la ausencia de la víctima, de su representante legal o de alguna de las personas ligadas a ella, si hubiese sido alguna de ellas quien solicitó la orden, Sotorra Campodarve, sostiene que “su citación en forma permitirá la celebración de la comparecencia, aunque no haya alegado justa causa de su silencio al mandato judicial, por entender que la simple solicitud de la orden puede servir para tener por evacuado el referido trámite, ante la sospecha de que su ausencia pueda obedecer al temor de enfrentarse con el presunto agresor”. SOTORRA CAMPODARVE, M. C. Protección en el ámbito penal. En *Ob. Cit. Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. pp. 409-410.

³¹⁷ Donde se recoge que la orden de protección confiere a la víctima de los específicos delitos de maltrato un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal, contempladas en el mismo artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

ellos, de la LECrim.

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

Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en dicha Ley, y se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección inmediata e integral de la víctima.

10.9. Medidas de naturaleza civil.

El siguiente apartado de la Ley 27/2003 aborda la posibilidad de aplicación de cautelas de naturaleza civil³¹⁸, que deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, para el caso en el que existan hijos menores o incapaces, y siempre en el caso en el que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil³¹⁹, y sin perjuicio de las medidas previstas en el Art. 158 CC, por el cual, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres, y asimismo dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda³²⁰. Recoge dicho artículo además que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Las medidas a imponer podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar³²¹, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil en estudio, tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado, a instancia de la víctima o de su representante legal, un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda³²². En este término, éstas deberán ser ratificadas,

³¹⁸ Para Montalbán Huertas constituyen “el ámbito de protección jurídica de la víctima”. MONTALBÁN HUERTAS, I. *Ob. Cit. Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional*. 2003. p. 142.

³¹⁹ Magariños Yáñez, J. A. añade que “se considerarán como tales aquellas referentes al uso y disfrute de la vivienda habitual, régimen de custodia y visitas de los hijos comunes, prestaciones alimentarias, etc”. MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A. *Ob. Cit. El Derecho contra la violencia de género*. 2007. p. 124. El artículo 2 de la Ley 27/2003, de 31 de julio incorpora el art. Art. 544 ter en la LECrim, en cuyo número 7 se añade “cualquier otra disposición relativa a los menores y acordada con el fin de paliar un riesgo concreto o evitarles perjuicios”.

³²⁰ PÉREZ MARTELL, R. ¿Hacia los juicios rápidos en la jurisdicción civil? *Revista La Ley*, nº 5845. 2003. pp. 15 y 16.

³²¹ Ortega Calderón J. L. analiza la problemática relativa, en cuanto al uso y disfrute de la vivienda respecto a la propiedad de la cosa común o en su caso, derivada de la titularidad del contrato de arrendamiento. ORTEGA CALDERÓN, J. L. *Revista La Ley*, nº 6349. 2005.

³²² Fuentes Soriano añade que “este plazo quedará igualmente validado si durante el devenir del mismo, en lugar de una demanda se interpone una solicitud de medidas provisionales previas al proceso matrimonial correspondiente”. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 186.

modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente, lo cual quiere decir, que el juez de lo civil deberá pronunciarse sobre lo ya acordado en materia penal. Aquí se aprecia que este plazo límite de treinta días afecta a las medidas de carácter civil³²³, pero no a las de carácter penal, de las cuales únicamente se recoge durarán el tiempo que se considere imprescindible y que deberán ser proporcionales a la situación concreta.

10.10. Medidas de protección social.

En relación con las medidas de protección social que concede la orden en estudio, la Ley se remite a aquellas que estén establecidas en el ordenamiento jurídico³²⁴, haciendo referencia a un futuro “fondo de alimentos”, asistencia psicológica, vivienda y a la renta activa de inserción. El alcance de esta “protección social” actualmente se recoge en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que veremos posteriormente; asimismo, en la citada Ley se verá que las víctimas tendrán acceso a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, como son la reducción o la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo, medidas reguladas en los Arts. 21 y 22 de la Ley 1/2004, cuando exista relación laboral, y Arts. 24 y 25 de la misma Ley, para el caso de concurrir en la víctima el carácter de funcionaria pública.

En cuanto a la notificación a las partes de la vigencia de la orden, dispone el apartado ocho de la Ley que la orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima –a la que se le participa este testimonio, además de la simple notificación, a diferencia de la que se hace con el autor– y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones³²⁵.

³²³ Según se recoge en el Art. 544 ter 7 segundo párrafo LECrim. A este respecto, critica acertadamente Sillero Crovetto que “ni esta Ley ni la posterior LO 1/2004, de *Violencia de Género* aclara si se tratan de días naturales o días hábiles. La cuestión no es pacífica en la doctrina, si bien la mayor parte de la misma entiende que se trata de días hábiles, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 130.1 y 133.2 de la LEC, que recoge que en el cómputo de los plazos señalados por días, se excluirán los inhábiles”. SILLERO CROVETTO, B. Análisis y evaluación de la competencia civil de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. *Revista e Derecho de Familia* nº 54. 2012. p. 73.

³²⁴ Habida cuenta de que, como dice Martín Vida “los poderes públicos, en virtud de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho recogida en el Art. 1.1 CE., proyectada en el mandato dirigido a promover las condiciones de igualdad entre las personas y los grupos –según el Art. 9.2 CE., se encuentran en la obligación de adoptar medidas de acción positiva que hagan efectivas las previsiones constitucionales ante la situación de especial desamparo de las víctimas de la violencia de género”. MARTÍN VIDA, M. A. *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Cívitas. 2002. pp. 69 y ss.

³²⁵ Por ello, recoge Fuentes Soriano que “el efecto de la Orden de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica que la configura, definitivamente, como un auténtico estatuto integral de protección para las víctimas es el de permitir, directamente, activar los distintos mecanismos de protección social previstos por las Administraciones, ya sea a nivel estatal, autonómico o local”. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 187.

10.11. Obligatoriedad de información a la víctima.

El apartado noveno del nuevo Art. 544 ter LECrim recoge la obligatoriedad, una vez dictada la orden de protección de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. Por ello, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor, a cuyos efectos aclara el precepto que se dará cuenta de la orden de protección a la Administración Penitenciaria, cuyo Centro Directivo, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dependiente del Ministerio del Interior, en cumplimiento de dicho imperativo ha emitido hasta la fecha cinco documentos distintos, tres instrucciones relativas a las cautelas a tener en cuenta durante la salida de permiso de condenados por delitos de violencia familiar que tengan en vigor orden de alejamiento, un protocolo de actuación para todas las salidas y modificaciones de situación penitenciaria, de personas encausadas o condenadas por delitos de violencia de género, y una Instrucción dedicada a la intervención con agresores por violencia de género, que serán igualmente analizados en el capítulo de este estudio dedicado a la Ley Orgánica 1/2004. Por el momento, aclararemos que dicha información permitirá a la víctima estar al corriente en todo momento de la situación que atraviese el agresor y sus próximos movimientos.

10.12. El Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

En la exposición de motivos de la Ley que analizamos ahora, ya se anunciaba la creación de un Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Ello se plasma en lo recogido en el apartado décimo de la Ley, que expresa que “La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica”³²⁶, artículo que se correlaciona con la Disposición Adicional primera de la Ley, donde se aclara que “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad”.

A esta comisión le corresponderá la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección que regula la Ley, así como la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los jueces y tribunales y las Administraciones públicas competentes.

El Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica fue creado por el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo –modificado posteriormente por el Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo, así como por el Real

³²⁶ Este Registro ha sido ampliamente estudiado por LÓPEZ LÓPEZ, E., en Consideraciones sobre el Registro Nacional para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, *La Ley Diario de Noticias*. Julio 2003. Número especial sobre Violencia Doméstica. p. 8.

Decreto 660/2007, de 25 de mayo–, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, en relación con el acceso a la información contenida en el Registro Central, regulándose por Orden del Ministro de Justicia 242/2009, de 10 de febrero, los modelos de remisión al Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica de la información que debe inscribirse en el mismo.

En el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se anotarán los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el Art. 173.2 CP³²⁷.

En cuanto al acceso a la información contenida en el Registro Central³²⁸, diremos que a ella podrán acceder los órganos judiciales del orden penal, el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, a los efectos de su utilización en los procesos o actuaciones en los que intervengan. Asimismo, la Policía Judicial podrá acceder a esta información para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas recogidas en el mismo.

El último artículo de la ley recoge la posibilidad del surgimiento de la necesidad de proteger a la víctima de estas conductas durante el curso de un proceso penal³²⁹, arbitrándose que el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados vistos.

10.13. Efectos del quebrantamiento de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

El quebrantamiento de la prohibición de residir en un determinado lugar, así como de la prohibición de acudir a determinados lugares, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, impuesta en su caso, al autor de un delito de violencia doméstica, va a encontrar su respuesta en el precepto recogido en el Art. 468 CP, que tras su reforma sufrida por la Ley Orgánica 1/2004³³⁰, de 28 de diciembre, –por su Art. 40–, y tras el añadido de su segundo párrafo por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, queda redactado así: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de

³²⁷ Para LAMO RUBIO, J., “En todo caso emitida la Orden de Protección, la misma será inscrita en el Registro Central para la protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (Art. 544 ter.10), y como nada se dice al respecto, y los posibles recursos contra tal auto no tienen carácter suspensivo, *vid.* Art. 766.1 LECrim., dicha inscripción, así como la ejecución de la Orden de Protección es de ejecución inmediata, sin perjuicio de los posibles recursos”, en *Ob. Cit.* pp. 1045-1070.

³²⁸ Regulada, según hemos visto, en el Art. 8, modificado por Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo.

³²⁹ *Vid.* Arts. 81.1 y 55.2 CE.

³³⁰ Modificación que se añade a la que ya experimentó el artículo por LO 15/2003, de 25 de noviembre, y que según Suárez López “ambas están obviamente vinculadas a la lucha contra la violencia doméstica o la de género”. SUÁREZ LÓPEZ, J. M. De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena. En CARBONELL MATEU, J. C. (AA.VV) *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson. 2005. p. 937.

prisión de seis meses³³¹ a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos³³². 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza³³³ impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada³³⁴ (sobre el concepto de libertad vigilada, asimismo novedoso tras la última reforma aludida, aclarar que ésta resultará aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relacione con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando dicho pronóstico derive del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.

En estos casos, tal y como se recoge en el Art. 106.2 CP, la medida se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hace efectiva precisamente en función de ese pronóstico de peligrosidad³³⁵.

De la relación de los Arts. 98 y 105 CP, resulta que, en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como el Juez o Tribunal sentenciador.

Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años (Art. 105.1), si bien se contempla en el Art. 105.2 la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (Art. 105.2) para los delitos contra la libertad o indemnidad sexual y delitos de terrorismo).

Por ello, si tras la comprobación de la existencia de una situación de riesgo para la víctima se ha concluido en la adopción de una medida cautelar consistente en la imposición al autor de la prohibición de aproximarse a ella, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier lugar en que ella se encuentre, a una distancia inferior a una serie de metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, ésta deberá expresamente notificarse al actor con la

³³¹ En la anterior modificación –LO 15/2003, de 25 de noviembre–, la pena mínima era de tres meses.

³³² Se aprecia que la LO 1/2004, de 28 de diciembre elimina la posibilidad de la imposición a los infractores de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

³³³ Vid. Art. 544 bis LECrim.

³³⁴ Afirma Bolea Bardón que “este párrafo supone un tipo específico para los delitos de quebrantamiento en los cuales, quien la sufre sea una de las personas mencionadas en el Art. 173.2 CP”. BOLEA BARDÓN, C. En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02. 2007. p. 18.

³³⁵ El hecho de que se recoja la misma pena –pena de prisión de seis meses a un año–, para los supuestos del primer párrafo, y del segundo (quebrantamiento de quien se encuentre privado de libertad, y quebrantamiento del privado de libertad o de quien no lo está, siempre que la pena, medida de seguridad o cautelar haya sido impuesta en procedimiento criminal en el que la víctima sea una de las personas que figuran en el Art. 173.2 CP), merece la crítica de Jiménez Díaz, ya que “Se ha diseñado una misma respuesta punitiva para casos que presentan distinta gravedad. En particular, con la asignación de dicha pena de prisión de seis meses a un año para los supuestos del apartado dos en los que el sujeto realiza el hecho típico de quebrantamiento sin encontrarse privado de libertad se infringe el principio de proporcionalidad de las penas que debería haber sido criterio rector en su establecimiento”. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido. En *Ob. Cit. La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. pp. 397-398.

advertencia de que el incumplimiento de las citadas medidas³³⁶ podrá dar lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el Art. 468 CP. Los medios por los que podrá ser informado el afectado de la emisión del Auto que recoja la eventual orden de protección, para los casos de celebración de la audiencia referidos en el Art. 2º. 4 de la Ley 27/03, de 31 de julio, en su ausencia, serán telefónicos, telegráficos o telemáticos.

Dicho Art. 468 va a recoger la pena asignada a los autores del delito de quebrantamiento: En el caso especial de tratarse de las víctimas reflejadas en el Art. 173.2 CP, ésta oscilará entre seis meses y un año. El bien jurídico que protege el tipo del 468 CP consiste, según la SAP Almería, 257/2009, de 20 de marzo, en la “efectividad de los pronunciamientos judiciales en orden al cumplimiento de las penas; lo que se pena es la desobediencia a mandatos del sistema judicial que por su propia naturaleza son públicos y obligatorios y, por lo tanto, situados fuera de la facultad de disposición de los ciudadanos”³³⁷.

10.13.1. Quebrantamiento con el consentimiento de la víctima.

La problemática afectante a la mayoría de los casos en que se comete por parte del sujeto sobre quien pende una orden de alejamiento, el delito de quebrantamiento en análisis, podría dividirse entre dos situaciones: aquellos casos en los que se realiza con el consentimiento de la víctima, y los casos en los que el propio quebrantamiento tenga como fin la comisión de una nueva agresión sobre la víctima protegida.

En primer caso, el del acercamiento del sujeto afectado por una determinada medida cautelar de protección³³⁸, o al que se le haya impuesto una pena, que suponga alejamiento y prohibición de aproximación a la víctima protegida³³⁹, con anuencia del sujeto pasivo, se presenta en la realidad en un porcentaje más alto del que cabría sospechar por el legislador de 2003. Las víctimas de estos delitos, en multitud de casos, siguen dependiendo económica –e incluso emocionalmente– del autor de los malos tratos, lo que les lleva, en no pocas ocasiones a ofrecer su perdón al mismo y a ofrecerle la reanudación de la convivencia³⁴⁰. Al paso de esta no infrecuente situación³⁴¹ se dictó por el

³³⁶ Suárez López critica la equiparación penal recogida entre el quebrantamiento de una pena y una medida cautelar o de seguridad, lo que califica de “sistemáticamente incorrecto y difícilmente asumible”, SUÁREZ LÓPEZ, J. M. *Ob.Cit.* De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena. En CARBONELL MATEU, J. C. (AA.VV.) *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005. p. 938.

³³⁷ Hecho que comparte Valeije Álvarez, I., al que además añade un “bien jurídico coprotegido, cual es la indemnidad de las víctimas”. VALEIJE ÁLVAREZ, I. Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 del Código Penal y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del Código Penal. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. nº 26. 2006. p. 345.

³³⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. refleja su desconocimiento del caso de “quebrantamiento de alguna medida de seguridad”. *Ob. Cit.* Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido. En *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 405.

³³⁹ Y que según Fuentes Soriano, puede “ser impuesto incluso, incluso, como pena principal en aquellos supuestos de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve del Art. 620.2º”, Libro III, del Código Penal cuando la víctima es una de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del mismo texto legal, dado que en tales supuestos se establece que la pena de localización permanente se cumpla en domicilio diferente y alejado del de la víctima”. FUENTES SORIANO, O. *Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor*. En DEL POZO PÉREZ, M. / IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. (Coords.). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Fundación Dialnet. 2008. p. 4.

³⁴⁰ En este sentido, Prieto del Pino recoge el riesgo que presenta la propia víctima de ser acusada de

Tribunal Supremo la STS 1156/2005 de 26 septiembre³⁴².

No obstante, posteriores sentencias del Alto Tribunal han virado dicho rumbo³⁴³.

En el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 se hace asimismo una interpretación del Art. 468 CP en los casos de medidas cautelares o de penas de alejamiento en los que comparezca el consentimiento de la víctima, en cuya conclusión, que se adoptó por mayoría de los miembros de la Sala se consagró el criterio de la punibilidad de estas conductas desobedientes, con carácter absoluto, bien se trate de incumplimiento de pena o de medida de seguridad y cualquiera que fuere la actitud adoptada por la mujer³⁴⁴.

10.13.2. Quebrantamiento con comisión de delito sobre la misma víctima.

El segundo de los casos a analizar en relación al quebrantamiento de la orden de protección es el relativo al caso en que se produzca dicho quebrantamiento para, precisamente, la comisión de un delito de agresión contra la misma víctima respecto de la cual se dictó la orden, situación harto frecuente, igualmente, en la práctica. En este caso, habrá que diferenciar si la orden fue dictada tras la comisión de un delito anterior, en cuyo caso, ante la constatación de una segunda conducta similar, cercana además en el tiempo, posiblemente permita el Código aplicar ya para la segunda conducta la circunstancia de la habitualidad del Art. 173.2 CP, lo que ya por sí misma constituye una agravante frente al tipo básico

inductora o cooperadora necesaria del quebrantamiento (si bien la Fiscalía ha optado por no procesar ante situaciones como ésta). PRIETO DEL PINO, A. M. La incidencia de la Ley Integral en el Derecho penal sustantivo español, en Aponte /Femenías, M. L. *Discriminación y Género. Las formas de la violencia. Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Coordinación Editorial. 2008, p. 231.

³⁴¹ Larrauri Pijoan hace un estudio de las causas que llevan a las víctimas a reanudar la convivencia con el autor del maltrato. LARRAURI PIJOAN, E. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?. *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 12. 2003, pp. 271-307.

³⁴² Que recoge: "(...) en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acreditada de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante".

(1) Esta expresión es criticada por Jaén Vallejo por "imprecisa técnicamente". JAÉN VALLEJO, M. *El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género*. Madrid: Colex. 2006. p. 74.

³⁴³ Encontrándose entre otras, STS 775/2007, de 28 de septiembre: "El Sexto motivo cuestiona la aplicación del artículo 468.2 del Código Penal y, por ende, la atribución del delito de quebrantamiento de condena, ya que la víctima había perdonado al recurrente y ambos habían reanudado, de común acuerdo, la convivencia; (...) su posible responsabilidad penal sólo se le puede atribuir si su intervención fue relevante en orden a la consumación del delito de quebrantamiento de condena, lo que se estima que no es así, pues aparte que la naturaleza del delito limita la posibilidad de aportación causal al hecho del otro, que es el único que puede ser el autor material del delito, su intervención, una vez que el otro se ha aproximado a la víctima, sólo pertenece a la fase de agotamiento del delito".

³⁴⁴ Jiménez Díaz a la hora de ofrecer una solución sobre la positiva punición o no de dicha conducta, se apoya en el bien jurídico que protege este delito, así tanto si se entiende que éste es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o si se comparte con la indemnidad de la mujer u otras víctimas, estos siempre van a verse conculcados con el quebrantamiento, lo que impide que el consentimiento de la mujer pueda ser estimado positivamente para eximir o atenuar la pena del quebrantador, ya que se vería afectado aquel bien público, cuyo carácter es absolutamnte irrenunciable". JIMÉNEZ DÍAZ, J. M. *Ob.Cit.* Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido. En *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009, pp. 406-407.

del Art. 173.1 CP, a lo que se sumaría la agravación, igualmente, recogida en el párrafo segundo del mismo Art. 173.2³⁴⁵. La solución al problema de la aplicación de las dos descritas agravaciones nos la brinda la ya citada Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la FGE, en el sentido de la “imposibilidad de su apreciación conjunta, por vulneración del principio del non bis in ídem”. Para los casos en que la orden fue dictada meramente ante una situación de riesgo potencial para la víctima (Art. 2º.1 de la Ley 27/2003, de 31 de julio), pero sin la concurrencia de un similar delito anterior, el autor responderá entonces de acuerdo con lo recogido en el tercer apartado del Art. 153 CP, sin que se dé la circunstancia descrita en el caso del Art. 173.2, es decir, no cabría la apreciación de una doble agravante, para los casos de víctima perteneciente al entorno familiar o asimilado, excepto los supuestos del apartado primero (mujer o exmujer, compañera o excompañera y persona vulnerable), ya que aquí el tipo básico (pena de tres meses a un año) no supone una agravación *per se* frente al tipo del primer apartado, situación que sí se dará si la agresión durante el quebrantamiento tuviese como víctima a alguna de las personas del número uno del artículo (mujer o exmujer, compañera o excompañera y persona vulnerable), siendo, para este segundo concreto caso igualmente válida la solución descrita en el primer caso analizado en el párrafo.

11. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

11.1. Localización histórica.

Tras el estudio de toda la normativa anterior, la cual ha ido perfilando, según hemos visto, la protección de la violencia doméstica en el Código Penal, en especial en los Arts. 153 y 173.2, llegamos al estudio de la Ley que por vez primera³⁴⁶ permite separar, del concepto de violencia doméstica o familiar, del de violencia de género³⁴⁷, con las distinciones que ya se vieron en la primera parte de este trabajo.

Esta Ley Orgánica, en su artículo 1.1 anuncia el objeto de su regulación: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres³⁴⁸, se ejerce sobre éstas por parte de

³⁴⁵ Para un caso similar, la STS 613/2009, de 2 de junio recoge: “Siendo así, no cabe duda que el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al concurso medial, previsto en el art. 77 CP”.

³⁴⁶ El único antecedente análogo localizado en el derecho comparado, que se decante por adoptar el género para elaborar una línea delictiva, figura en el Código Penal sueco (Sección 4ª del capítulo 4.º: Law 1998:393).

³⁴⁷ La Real Academia de la Lengua emitió un informe negativo sobre el término “género” en la Ley Orgánica 1/2004, no obstante al cual, el legislador ha mantenido el término. *Vid.* ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. El delito de maltrato doméstico y de Género del artículo 153. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. 2005. p. 14.

³⁴⁸ González Rus critica dichas expresiones de la Ley Orgánica, ya que entiende que al referirse a la desigualdad y relaciones de poder refuerzan una definición de violencia de género marcadamente objetiva “sin reclamar como elemento definidor esencial de los comportamientos generadores de la misma ánimo particular alguno”. GONZÁLEZ RUS, J. J. La constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los

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”³⁴⁹. Y en el número 3 del mismo artículo hace una definición de este *nuevo* tipo delictivo, que, si bien en absoluto recién aparecido en el panorama delictivo, sí lo acota y le concede un nombre propio: “La violencia de género”³⁵⁰ a que se refiere la presente Ley 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”. Por ello, ésta va a comprender todo acto violento, tanto físico como psicológico, que presente esta especialidad en cuanto a actor y víctima, el tratarse ésta de una mujer, y además la mujer o compañera actual o la que tuvo una relación aun sin convivencia con el agresor; por lo mismo, en el actor deberán darse estos mismos requisitos, ser o haber sido pareja de la persona a quien maltrata, y que ésta sea del género femenino.

Curiel López de Arcaute resalta que uno de los aspectos más conflictivos de la Ley de referencia es el enfoque *de género*³⁵¹ a favor del previo enfoque familiar, hecho considerado por unos como el lógico cambio del punto de vista del tratamiento debido a que la violencia se genera mayoritariamente del hombre hacia la mujer, y por otros, como un error³⁵² que puede excluir a colectivos claramente afectados y desvalidos³⁵³ como niños, ancianos o incluso a colectivos como homosexuales o lesbianas³⁵⁴. En este sentido, y tras un importante trabajo

delitos de lesiones, amenazas y coacciones. En *Ob. Cit. Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. 2005. p. 497.

³⁴⁹ Rubido de la Torre señala cómo la Ley fue “un paso más dentro de la prolija, exhaustiva y abundante actividad legislativa elaborada para erradicar de nuestro ordenamiento jurídico la nefasta lastra social que afecta en su mayoría a las mujeres víctimas de malos tratos, dignas por el Poder Legislativo de mayor protección sobre todo por la absurda, injustificable e increíble frecuencia de casos que atentan a su salud física y síquica, así como a su dignidad”. RUBIDO DE LA TORRE, J. L. Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad penal de la Ley Integral 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer. *Boletín del Ministerio de Justicia*. nº 2049. 2007. p. 4199.

³⁵⁰ Polaino Navarrete pone de relieve el equívoco el error de traducir literalmente “gender” por “género”, sin haberse tenido en cuenta “que la acepción a que hace referencia el vocablo inglés “gender” se corresponde con el español sexo, pero no con el español “género”. Por ello (...), “gender” ha de ser correctamente traducido por “género” (gramatical), en relación con las palabras, y por “sexo”, en relación a los seres vivos”. POLAINO NAVARRETE, M. Reforma penal de 2004: La Ley integral contra la violencia de género. *Revista de la Facultad de Derecho de Sevilla. Crónica Jurídica Hispalense*. nº 3. 2005. p. 316.

³⁵¹ CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE A. M. (AA.VV.) *Ob. Cit. Violencia Doméstica. Aspectos médico-legales*. pp. 127 y ss. Coinciden con Curiel, en el sentido de entender que la Ley se ha apartado de la perspectiva doméstica de las anteriores reformas legislativas, BOLDOVA PASAMAR, M. A. / RUEDA MARTÍN, M. A. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género. En *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier. 2006. pp. 18 y ss.

³⁵² Barrere Unzueta recoge la preocupación dentro del universo feminista de que la utilidad del concepto de género no se vea desvirtuada por el “uso pretendidamente neutral” que del término género pueda hacer la cultura jurídicamente dominante, actualmente, no feminista. BARRERE UNZUETA, M. A. Género, discriminación y violencia contra las mujeres. En *Ob. Cit. LAURENZO / MAQUEDA / RUBIO (Coords). Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 27.

³⁵³ Lo que ha llevado a Laurenzo Copello a afirmar que “la ola general de fascinación por el Derecho Penal que invade al conjunto de la sociedad de nuestros días, arrastrada por la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen plena reprobación social o, dicho al revés, que todo aquello que o está prohibido por el Derecho Penal resulta socialmente tolerado”. LAURENZO COPELLO, P. La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*. 07-08. 2005. p. 22.

URL:<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> (Consultado: 19-11-2012).

³⁵⁴ CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. M. Últimas modificaciones Sociales y Legislativas. En *Ob. Cit. Violencia Doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 125.

parlamentario, los sujetos pasivos víctimas posibles de estas acciones son, junto a la mujer, y por causa de su especial vulnerabilidad, las personas incluidas en el Art. 173.2 CP³⁵⁵, según se deduce de los nuevos artículos reguladores de malos tratos y amenazas, así como del propio ámbito de competencia objetiva diseñado para el Juzgado de Violencia sobre la Mujer³⁵⁶.

La exposición de motivos de la Ley aclara igualmente el concepto, al decir que “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo³⁵⁷, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Nuestra Constitución incorpora en su Art. 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra *Carta Magna*, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio”.

11.2. Análisis del término *integral*.

La Ley Orgánica 1/2004 defiende que la violencia de género debe enfocarse de un modo integral y multidisciplinar³⁵⁸, y contempla como necesario el tomar medidas en el proceso de socialización humana, en el sistema educativo, en los diferentes aspectos de la publicidad, en el ámbito de la protección social y el apoyo económico, en el mundo normativo, en la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y aplicación de la ley, en el aspecto sanitario para la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, así como en la protección de los menores que se encuentren dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de este concreto tipo de violencia. La Ley va a arbitrar un conjunto de medidas coordinadas entre los distintos profesionales que tratan a las víctimas de violencia de género, para dar una mayor rapidez a las actuaciones en beneficio de las mismas, considerándose como determinante el establecer que sea un mismo juez quien adopte medidas de índole civil y penal³⁵⁹. Estas medidas no sólo se adoptarán con carácter preventivo, según veremos posteriormente, sino igualmente a lo largo del proceso, lo que persigue el efecto de evitar la posible disparidad de criterios entre las resoluciones dictadas por los Jueces de lo penal y

³⁵⁵ Por ello, Mestre Mestre se cuestiona si la Ley puede presentarse como de “género”, y amparar a otras personas ajenas a tal consideración. MESTRE MESTRE, R. *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de Valencia. 2006. pp. 152 y 153.

³⁵⁶ Rodríguez Lainz denomina a la mujer, en cuanto a víctima de la violencia de género sufrida *víctima primaria*, y a los demás miembros de la familia que sufren las consecuencias del maltrato a ésta, en especial los hijos, *víctimas secundarias o de segundo grado*. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. Reflexiones sobre el ámbito subjetivo de competencia en materia penal de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. *Revista de Derecho de Familia* nº 31. p. 27.

³⁵⁷ En lo que coincide FARALDO CABANA, P. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la LO 1/2004. *Revista Penal* nº 17. pp. 76 y 77.

³⁵⁸ Para De la Cuerta Arzamendi, “este tratamiento integral de la violencia implica el mayor acierto de la Ley”. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Ob. Cit.* Ciudadanía, sistema penal y mujer. En *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*. 2008. p. 209.

³⁵⁹ Situación ya anteriormente denunciada por DURÁN FEBRER, M. ¿La Jurisdicción Civil es una Alternativa para Combatir la Violencia Doméstica? Una perspectiva de género. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. n.º 7. 2001. pp. 4 y ss.

los Jueces de lo civil³⁶⁰, habida cuenta de que la mayoría de las estadísticas demuestran la estrecha relación que existe entre los cuadros de violencia familiar y los procesos de ruptura familiar, e igualmente, los errores que se han detectado en la respuesta judicial a este tipo de malos tratos, derivados de la falta de coordinación entre la jurisdicción civil y la penal, revelan ambos que la jurisdicción civil en su conjunto y más concretamente la que conoce de los procesos de familia, debería tener un papel de mayor peso en la lucha contra este tipo de violencia.

Aún así, las aportaciones de los autores sobre cuál debe ser esa contribución y cómo debe arbitrarse son escasas. La mayoría de ellas se centran en analizar las normas procesales que regulan la violencia familiar tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en el propio Código Civil, ofreciendo como resultado la pasividad de la legislación civil para frenar el problema de la violencia doméstica así como que ésta no brinda en puridad “ninguna solución para su mejora”³⁶¹, en el sentido de que la jurisdicción civil debería contribuir tanto desde el plano preventivo a evitar situaciones familiares que supongan un caldo de cultivo para la violencia en la familia³⁶², como que debería reforzar la respuesta jurídico-legal en el ámbito civil una vez se haya producido la situación de violencia³⁶³.

Se ve como un defecto de la Ley³⁶⁴ el hecho de que en ella no se regule nada más que una de las manifestaciones de la violencia de género, la derivada de la violencia doméstica, al considerarse el actor como pareja o expareja, dejándose fuera otros tipos de violencia cuyas víctimas son igualmente las mujeres por su condición de tales, como son: la mutilación genital, la explotación sexual, la agresión sexual y el acoso sexual en el ámbito laboral.

Dentro de la violencia doméstica que acota la Ley Orgánica de referencia, se van a incluir los delitos contra los derechos y deberes familiares, y por tanto, también la violencia económica y patrimonial, recogiendo la misma, en su Disposición Adicional Decimonovena, el compromiso legislativo de la creación de un fondo de garantía de pensiones en el que se tendrá en cuenta las circunstancias en las que se deje a las víctimas de violencia de género³⁶⁵.

³⁶⁰ Al respecto, Añón Roig y Mestre Mestre recogen que la Ley debería haber hecho un “mayor esfuerzo justificador si pretende combatir la discriminación con una serie de medidas estrictamente punitivas”. ANÓN ROIG, M. J. / MESTRE MESTRE, R. Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho. En MARTÍNEZ GARCÍA, E. / BOIX REIG, J. (Coords.): *La nueva Ley contra la violencia de género*. Madrid: Lustel. 2005. pp. 56 y ss.

³⁶¹ SILLERO CROVETTO, B. Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil. En *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer. 2003. pp. 169-201.

³⁶² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Granada: Comares. 2001. pp. 153-174.

³⁶³ En este sentido, Montalbán Huertas propugna asignar al orden civil la responsabilidad de residenciar los primeros episodios violentos y adoptar las medidas de protección a la víctima, sin perjuicio de criminalizar los hechos cuando sean constitutivos de delito. MONTALBÁN HUERTAS, I. *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2004. pp. 59-108.

³⁶⁴ Una amplia crítica sobre la misma se encuentra en CASTELLÓ NICÁS, N. Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2. En *Ob. Cit. Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. 2005. pp. 211 y ss.

³⁶⁵ Conforme a ello, Rodríguez Lainz sostiene que “los Juzgados de Violencia Contra la Mujer que crea la Ley de referencia, poseen igualmente competencia sobre los menores y allegados”. RODRIGUEZ

Por ello, la Ley Orgánica se enfrenta a la reforma de los textos normativos que afectaban a la situación de las potenciales víctimas y que fueron: el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995), la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994) y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, si bien deben referirse actualmente a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público).

Los redactores de la Ley han pretendido crear un sistema de protección integral de la víctima de violencia de género, en el seno del cuál se insertan las medidas de naturaleza laboral. No obstante, un análisis pormenorizado del tratamiento que la Ley Orgánica 1/2004 ha dispensado a la trabajadora víctima de violencia de género, deja ver que el eje en torno al cual gira el texto normativo, no es ni mucho menos la configuración de un marco de protección sociolaboral, sino la redefinición de la tutela penal de dichas víctimas³⁶⁶.

El verdadero germen de la Ley Orgánica 1/2004 va a ser, según hemos visto, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cuyas tres principales aportaciones, ya analizadas, se resumen en la ampliación de las personas integrantes del parentesco del Art. 23 CP³⁶⁷, la nueva conceptualización como delitos de las faltas cometidas contra determinadas personas recogidas en el artículo 153³⁶⁸, y el paso de las anteriores conductas del Art. 153, al Art. 173.2, – todos ellos del Código Penal–, al que se añade la exigencia de la habitualidad, con toda la problemática estudiada³⁶⁹.

11.3. Tutela penal recogida en la Ley Orgánica 1/2004.

Con este apoyo, al que deberá sumarse el de una serie de leyes ajenas al Código Penal, nace la Ley en estudio, que en lo que aquí afecta, presenta el siguiente esquema:

- Título IV: Tutela penal, que abarca los Arts. 33 al 42, los cuales establecen normas penales por las que se incluyen, dentro de los tipos agravados de lesiones, un tipo específico que incrementa la sanción penal para los casos en que la víctima esté o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También eleva a la categoría de delito las coacciones y amenazas leves de cualquier clase cuando las víctimas sean

LAINZ, J. L. En *Ob. Cit.* Reflexiones sobre el ámbito subjetivo de competencia en materia penal de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. *Revista de Derecho de Familia* nº 31. p. 38. Si bien el mismo autor no aclara en p. 50, si lo dicho podrá hacerse extensivo a los propios descendientes del agresor.

³⁶⁶ En este sentido, Sempere Navarro ensalza de la Ley que por primera vez se realiza una “contemplación frontal y clara del problema”. SEMPERE NAVARRO, A. V. Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”. En AA.VV. *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*. Madrid: Thomson-Arandazi. 2005. p. 91.

³⁶⁷ Que a nuestros efectos, no deberá confundirse con el concepto de familia, en lo que coincide BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código Penal español*. Madrid: Montecorvo. pp. 9-16.

³⁶⁸ Recordemos que la LO 11/2003 pasa a conceptualizar como delito reconducible al Art. 153 CP todas las faltas que se produzcan contra las personas, aunque se trate de un hecho aislado, lo que implica en adelante hablar, no ya de delito de “malos tratos”, sino de *maltrato*, lo que sería ya meramente y por imperativo legal, un delito.

³⁶⁹ En este sentido, dice Quintero Olivares que “la habitualidad es el elemento que elevó a la categoría de delito lo que en puridad no dejaba de ser una sucesión continua de falta”. QUINTERO OLIVARES, G. Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/89, de 21 de julio. *Revista del Poder Judicial*. Número especial XII. p. 938.

mujeres. Además se proscribió la eficacia del perdón y del arrepentimiento que, se consideraba “el origen del amplio porcentaje de absoluciones en la materia”³⁷⁰.

- Igualmente, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 se recoge la justificación a las modificaciones que opera en el Código Penal, que implican, como hemos visto, los Arts. 33 a 42 de la Ley³⁷¹, que vamos a pasar a examinar: “En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad”.

- Por ello, el Art. 33 de la Ley modifica el Art. 83 CP en su párrafo segundo del apartado 1.6ª, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente: “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” –1. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2. 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. (...) 5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares, si bien los programas *de defensa del medio ambiente y de protección de los animales* fueron introducidos por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, según ya vimos–.

- El Art. 34 de la Ley modifica el apartado 3 del Art. 84 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, que queda redactado de la forma siguiente: “3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del Art. 83 CP determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

- El Art. 35 de la Ley modifica el párrafo tercero del apartado 1 del Art. 88 CP, en materia de sustitución de penas, ya modificado previamente por la Ley Orgánica 15/2003, al que deja así redactado: “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código” –Prohibición de acudir a determinados lugares. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u

³⁷⁰ SENÉS MONTILLA, C. La competencia penal y en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, en *Diario la Ley*, nº 6371, 2005. pp. 1 a 7.

³⁷¹ Sobre ello, Maqueda Abreu advierte que “las modificaciones que opera la Ley en estudio en el C. Penal “desembocan en un sistema intervencionista extremo, rígido y desmedido en sus sanciones”. MAQUEDA ABREU, M. L. ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico. En *Ob. Cit.* LAURENZO / MAQUEDA / RUBIO. *Género, Violencia y Derecho*. 2008. pp. 385 y ss.

otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos–.

- El Art. 36 de la Ley modifica el Art. 148 CP, dentro del Título III, del Libro II, de las lesiones, que queda redactado de la siguiente forma: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior –tipo básico–, podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz. 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

La novedad de la cual la presente Ley es responsable, son los casos recogidos en los párrafos 4º y 5º³⁷², con el aumento de la pena visto, así como el extremo que figura en el número 2º, relativo a la alevosía.

La Ley, en su Art. 37 aborda la materia de la protección a los malos tratos, y modifica, igualmente dentro del Título III del Código Penal, el Art. 153³⁷³, que como ya sabemos, había sido previamente modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y ello, como ya se anunciaba en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 “se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. El artículo quedará así definitivamente redactado como ya se explica en el número 12 de la parte cuarta de este trabajo de investigación, dedicado específicamente a este precepto.

En su nueva redacción se perfila el tipo de delito que la Ley en estudio quiere crear, al especificar en su número 1º, el *género* de la víctima, con los inequívocos términos “esposa o mujer...”, a los que asigna una pena privativa de libertad propia, la que oscila entre seis meses y un año, separándolos del resto de personas recogidas en el Art. 173.2 CP, a las cuales se referirá en el número dos del artículo, con la imposición de una pena privativa de tres meses a un año. En este número 1 se especificará *a sensu contrario* el género del autor, que necesariamente será masculino³⁷⁴, y se añade además como víctima a la persona

³⁷² En este sentido, la Circular 4/2005 de la FGE, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aclara que el concepto de violencia de género no se extiende sólo a las agresiones físicas, –tales como golpes, arañazos, mordeduras, patadas, quemaduras, cortes, empujones (...) –, sino también a otros tipos de atentados contra la salud psíquica o mental del sujeto, como es el caso de los insultos, humillaciones, vejaciones, desvalorizaciones, actos de limitación o anulación de la voluntad.

³⁷³ Peramato Martín hace en este sentido la reflexión consistente en que “el legislador modifica sólo algunos de los tipos penales relacionados con la violencia de género y así efectivamente lo hace en relación a aquellos en los que se sancionan los atentados *más leves* contra bienes jurídicos de la víctima, tales como el maltrato ocasional con resultado lesivo leve, o sin resultado lesivo, pero no lo hace respecto de los delitos más graves (delitos de homicidio, agresión sexual o detención ilegal). PERAMATO MARTÍN, T La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho Penal español. En IGLESIAS CANLE, I. / LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (Coords.) *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. p. 27.

³⁷⁴ Esta suerte de discriminación positiva que se deduce de este texto de la Ley es interpretada por Rey Martínez, como un trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado, entre los que se encuentran las mujeres o

especialmente vulnerable que conviva con el autor. Será igualmente novedad, según se estudia en el capítulo citado de esta investigación dedicado a este artículo, el último párrafo, que permitirá una penalidad menor atendidas determinadas circunstancias.

El Art. 38 de la Ley, con el propósito de la protección contra las amenazas, y según se ve en el número 14 de la parte cuarta de esta investigación dedicado a los restantes artículos –junto con el 153 CP y el 173.2 CP– dedicados al enjuiciamiento de la violencia doméstica, añade los tres últimos apartados, numerados como 4, 5 y 6, al Art. 171 CP³⁷⁵, que como ya vimos, había sido previamente modificado por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre³⁷⁶, en el sentido de la conversión en delito de la anterior falta de amenazas para el caso de su comisión en el ámbito familiar o asimilado, lo que coincidirá con lo regulado para el delito de coacciones que veremos a continuación.

La Ley, en su Art. 39 entra a modificar el Art. 172, el propio del delito de coacciones, del cual dice que el contenido actual del Art. 172 CP quedará numerado como apartado 1 y se añadirá un apartado 2, a dicho artículo, con la redacción ya analizada en el número de este trabajo aludido *supra*. Del número 1 de este artículo, no obstante diremos que sus dos primeros párrafos ya fueron modificados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y el tercero, que impondrá la pena en la mitad superior de la recogida en el primer párrafo, cuando la coacción sea para impedir el legítimo disfrute de la vivienda, fue añadido al Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio³⁷⁷.

El Art. 468 CP fue igualmente objeto de reforma por el Art. 40 de la Ley Orgánica 1/2004³⁷⁸. El resultado actual del artículo, tipo básico tradicional del delito de quebrantamiento de condena, es el fruto de tres sucesivas reformas por las tres siguientes leyes: Ley Orgánica 15/2003, Ley Orgánica 1/2004, de la que se mantiene vigente su primer apartado, y Ley Orgánica 5/2010, que reforma el número 2, al que previamente había afectado la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, y cuya redacción definida es: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el

las minorías étnicas. REY MARTÍNEZ, F. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Madrid: Mc Graw Hill. 1995. pp. 85-86.

³⁷⁵ Sobre esta reforma, *vid.* LAURENZO COPELLO La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7-8. 2005. URL:<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> (Consultado: 4-12-2012).

³⁷⁶ Del Rosal Blasco, B., afirma que la regulación que hace el vigente C. Penal sobre los delitos de amenazas entraña una de las regulaciones legales más “prolijas, casuísticas y confusas del Código”. DEL ROSAL BLASCO, B. *Derecho Penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson. 2011. p. 189.

³⁷⁷ La exigencia que figura en el tipo recogido en el Art. 172 de que el hecho sea perpetrado con violencia fue aclarado en la STS 8897/1990, de 4 de diciembre, al recoger que “se ha pasado de una inicial interpretación estricta referida sólo a la fuerza física ejercida sobre una persona, a otra más amplia comprensiva de la fuerza moral o intimidación, hasta llegar a abarcar también la llamada *vis in rebus* referida a los supuestos en que la violencia se aplica directamente a las cosas pero con la finalidad de torcer la libertad de obrar de alguien”.

³⁷⁸ Para Suárez López las *dos* reformas que ha sufrido el tipo del quebrantamiento de condena (por LO 15/2003 y por la Ley en estudio), lo han sido por motivo de penar con mayor acierto la violencia doméstica o de género. SUÁREZ LÓPEZ, J. M. De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena. *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dikynson. 2005. p. 937.

ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2³⁷⁹, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”, en la que la novedad consistirá en la mención hecha a la libertad vigilada, figura que como ya vimos, aparece recogida en el Art. 106 CP. En el apartado transcrito, se aprecia así el carácter obligatorio que impone al legislador de castigar con pena privativa de libertad a quien desobedezca tanto las medidas cautelares –prohibición de acercamiento, comunicación...–, como la orden de alejamiento impuestas por la efectiva comisión o por la potencialidad de su comisión, de los delitos en estudio.

El Art. 41 de la Ley Orgánica 1/2004 entra ya a modificar determinados aspectos relativos a las faltas del Libro III del Código Penal, modificando en concreto el Art. 620, que ya había sido igualmente reformado con anterioridad por la Ley Orgánica 15/2003, para el caso de la comisión de falta, y cuyo análisis ha sido ya hecho en el número 9 de la Parte Tercera de esta investigación.

11.4. Obligaciones en el ámbito penitenciario.

Entramos en el Art. 42 de la Ley, que afectará a la Administración Penitenciaria, y que recoge que “1. La Administración Penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género³⁸⁰. 2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior”.

De conformidad con dicho imperativo legal, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias emitió en el mes de junio del 2009 la actual versión del “Programa de Intervención con agresores en violencia de género en los centros penitenciarios” –con fecha de aprobación el 11 de noviembre del mismo año–, y en fecha de 5 de julio de 2010, la Instrucción 4/2010 relativa a la intervención en los centros penitenciarios con agresores por violencia de género en medidas alternativas en el sentido de la adecuación del Programa de Intervención citado anteriormente al ámbito de las suspensiones y sustituciones de condena, dejada posteriormente sin efecto por la Instrucción 10/2011, de 1 de julio, que crea el manual de procedimiento de gestión administrativa conforme al Real decreto 840/2011, de 17 de junio, de ejecución de las suspensiones y sustituciones de condena, y adecúa el Programa de Intervención en Violencia de Género al ámbito de las Penas y Medidas Alternativas y su metodología de aplicación, creando modelos de actuación común.

³⁷⁹ Sobre la creación de este tipo específico de quebrantamiento, *Vid.* BOLEA BARDÓN, C. En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*. 2007. p. 18.
URL:<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf> (Consultado: 4-1-2013).

³⁸⁰ Sotorra Campodarve comparte la decisión del legislador en análisis al entender como un acierto el “elaborar programas específicos de tratamiento para los autores de delitos relacionados con la violencia de género, al tratarse de personas que, en un elevado número de casos, presentan un comportamiento completamente adaptado a las normas sociales existentes al margen del ámbito familiar, razón por la que precisan de un programa que se acoja a las peculiaridades propias que estos delincentes presentan.” SOTORRA CAMPODARVE, M. C. Persecución penal. En *Ob. Cit. Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. p. 778.

11.5. Introducción del término *género* en el Código Penal.

Vemos así, entre muchas otras consideraciones, cómo la Ley en estudio introduce en el Código Penal, junto con la punición de las conductas relativas a este tipo concreto de violencia, el propio término que pasará a definirla, “violencia de género”³⁸¹, reseñas de lo cual figuran en los Arts. 831.6^a, 2º párrafo, 84.3 y 88, párrafo tercero CP, donde observamos asimismo una mayor punición de este concreto tipo de violencia frente a los ya conocidos delitos relativos a la violencia doméstica, tipos que no resultan directamente modificados por la Ley que analizamos. Ello se comprueba si nos dedicamos a hacer una comparativa que tenga como punto de partida el hecho de que la víctima sea mujer y el autor, varón con el que mantenga o haya mantenido una relación matrimonial o asimilable en los distintos tipos penales; en estos casos, las penas pasarán de seis meses a tres años, a ser de dos a cinco años de privación de libertad, en el caso de las lesiones agravadas del Art. 148.4 CP. Pasarán de ser, de tres meses a un año, a ser de seis meses a un año de privación de libertad, para las agresiones físicas o psíquicas sin entrañar delito, del Art. 153.1 y para el caso de amenazas leves del Art.171.4 CP. En las coacciones de carácter leve, penadas en el Art. 172.2 con privación de libertad de seis meses a tres años, sustituible por multa de doce a veinticuatro meses, para el caso especial de violencia de género, desaparece la posibilidad de ser la prisión sustituida por multa, quedando una pena de seis meses a un año, con sustitución únicamente por la pena menos grave de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

11.6. Tutela judicial. Los Juzgados de Violencia Contra la Mujer.

El Título V de la Ley Orgánica 1/2004, lleva por rúbrica la Tutela Judicial. Abarca del Art. 43 al 70, y regula en el Capítulo I, la creación de los nuevos Juzgados con competencia por razón de la materia relativa a la violencia de género, los Juzgados de Violencia contra la Mujer³⁸² [en adelante: JVM], en su Art. 43 (que adiciona el Art. 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Van a tratarse de un órgano jurisdiccional propio para la instrucción de las causas en las que la víctima sea mujer y el agresor, varón con el que aquella tenga o haya tenido algún tipo de relación (Art. 44.1), si bien los mismos no entrañan un nuevo orden jurisdiccional, sino que implican una especialización dentro del orden jurisdiccional penal establecido³⁸³. El Capítulo

³⁸¹ Sobre el calificativo “género”, se considera interesante la exégesis de CHICANO JÁVEGA, E., de que “el género hace referencia a la construcción sociocultural de los comportamientos, actitudes y sentimientos de hombres y mujeres. El género se define como un conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso histórico que se desarrolla a diferentes niveles, tales como el Estado, el mercado de trabajo, las escuelas, los medios de comunicación, la ley y a través de las relaciones interpersonales.” En su comparecencia ante la comisión de trabajo y asuntos sociales del Congreso de los Diputados, celebrada el día 19 de julio de 2004, en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 64. 2004. pp. 35-49.

³⁸² A los que Sánchez Melgar considera “no como *Juzgados de Familia Penales*, sino como un órgano jurisdiccional que nace con vocación de proteger y en su caso, depurar las responsabilidades penales que se produzcan contra la mujer por parte de su esposo o pareja varón”. SÁNCHEZ MELGAR, J. La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia Contra la Mujer. *Revista Sepin*. PE. Julio-agosto 2005. p. 78.

³⁸³ Sillero Crovetto no los considera *especiales*, sino un órgano de la jurisdicción ordinaria, especializado por la materia, y con jurisdicción sobre toda su demarcación (...). Por ello, actúan como si fueran jueces civiles de 1º Instancia o de familia, sólo que con carácter especializado”. SILLERO CROVETTO, B. Análisis y evaluación de la competencia civil de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, *Revista de*

II versa sobre determinadas normas procesales civiles, relativas a la pérdida de competencia objetiva del resto de juzgados cuando se produzcan hechos de violencia contra la mujer, como se verá a continuación. El siguiente Capítulo recoge ciertas normas procesales penales, relativas igualmente a las competencias de los juzgados encargados del conocimiento de estos delitos. En el Capítulo IV, las medidas judiciales de protección y seguridad a la víctimas³⁸⁴, y en el Capítulo V, la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, lo que implicará la creación de la Sección correspondiente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con experiencia en la materia. Estos fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, además de tomar parte en los procesos civiles³⁸⁵ de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda o custodia de los hijos menores³⁸⁶, en los se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

Se trata por ello, de garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la peculiar situación jurídica, familiar y social de la víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.

Examinaremos cada uno de estos Capítulos que contienen normas especiales tanto en materia orgánica como en materia procesal.

En cuanto a la organización de los JVM³⁸⁷, dispone la LOPJ, tras la modificación operada por la Ley Orgánica en estudio que: “En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél, y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede” (Art. 87 bis, nº 1). Sin embargo, este principio general va a contar con algunas excepciones, pues recalca, tanto que podrán establecerse JVM que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia (Art. 87 bis, nº 2), como que en los partidos judiciales en que exista un solo Juez de Primera Instancia e Instrucción será este el que asuma el conocimiento de los

Derecho de Familia nº 54. 2012. p. 64.

³⁸⁴ Medidas a las que Senés Montilla llama “medidas coercitivas personales”. SENÉS MONTILLA, C. *Revista La Ley*, 5 de febrero de 2007. pp. 1-4.

³⁸⁵ Según el Informe de COOMARASWAMY, RADIKA, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer “una legislación ideal sobre la violencia doméstica debería combinar los recursos penales y los civiles”. Naciones Unidas. Consejo Económico y social. E/CN/4-2003/75 3 de enero de 2003.

E/CN.4/2003/75; 03-10099.

³⁸⁶ Respecto a estos procesos, Verdera Izquierdo sostiene que “deberá tomarse toda una serie de medidas en relación a los hijos, dentro de las cuales cabe considerar como más importante el fijar al cuidado de qué progenitor permanecerán, lo que implicará la determinación de la guarda y custodia, la cual hace referencia a los cuidados diarios, continuos a los hijos, sin que ello suponga para el otro progenitor privación de la titularidad de la patria potestad, habida cuenta de que cabe que un padre se encuentre incapacitado para llevar a cabo la guarda de un menor sin que por ello deba privarse de la patria potestad sobre el mismo”, VERDERA IZQUIERDO, B. *Cuestiones de derecho de familia ante la violencia de género. Revista de Derecho de Familia* nº 47. 2010. p. 68.

³⁸⁷ Sanahuja destaca el acierto que supone la creación de los mismos, ya que existen materias que sólo pueden avanzar por la vía de la especialización, habida cuenta de que el tratamiento conjunto con otras anula o imposibilita que las medidas incluidas en los textos legales tengan el éxito o la eficacia que inspiró al Parlamento la aprobación de cuantas reformas legales se han aprobado en nuestro país en los últimos años”. SANAHUJA, M *Juzgados de violencia sobre la mujer*, en La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 2. Bilbao: Univ. Deusto. 2005. p. 62.

asuntos atribuidos a los JVM (Art. 87 bis, nº 4). Igualmente dispone la LOPJ que en aquellas circunscripciones donde sea conveniente, en función de la carga de trabajo existente, corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o solamente de Instrucción el conocimiento de los asuntos atribuidos a los JVM del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias (Art. 87 bis, nº 3).

No obstante, las actuales competencias civiles de los JVM, que, según hemos visto, introdujeron los Arts. 44 y 57 de la Ley Orgánica 1/2004, en los Arts. 87 ter.2 y 3 LOPJ, en relación con la competencia penal del punto 1 del mismo precepto, y en relación con los límites procesales establecidos en el Art. 49 bis LEC, han derivado en dos criterios interpretativos distintos en la *jurisprudencia menor*, según se entienda que el inciso final del punto 1 del Art. 49 bis LEC se refiere al proceso penal o al proceso civil, lo que, consecuentemente, se traduce en una notable inseguridad jurídica.

La primera pregunta que debe hacerse es cómo deben resolverse los conflictos sobre la competencia civil entre el JVM y el Juzgado civil o mixto con competencias en procesos de familia y guarda de los hijos; es decir, ¿debe entenderse el caso como un conflicto de competencia, al ser de distinto orden, o como una cuestión de competencia, por contar ambos órganos judiciales, finalmente, con competencias civiles? En la respuesta no deberá olvidarse que los JVM entrañan una nueva clase de Juzgados, que, si bien pertenecen al orden penal –según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004– no constituyen un orden jurisdiccional nuevo, sino una especialización funcional y orgánica en el orden penal. Así, la respuesta a dicho conflicto, va a considerarse determinante en el sentido de que si se interpreta como un mero conflicto de competencia, en los casos de inhibición de los JVM, el Juez civil ordinario, mixto o de familia no podrá formular cuestión de competencia a su superior jerárquico, quedándole únicamente como baza el recurso por defecto de jurisdicción recogido en el Art. 50 LOPJ, y que deberá interponer el propio litigante cuya demanda haya sido rechazada en uno y otro orden jurisdiccional, en cuyo caso, y según el Art. 42 LOPJ, será la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo quien resuelva el conflicto. En caso contrario –si se interpreta como cuestión de competencia– si que va a proceder que el juzgado en quien se inhiba, rehace la inhibición, y redacte una exposición razonada en la que formalice ante el superior jerárquico la cuestión negativa de competencia, que, de conformidad con el Art. 51.1 LOPJ deberá resolver dicho Tribunal superior inmediato común, que generalmente será la Audiencia Provincial, si bien en los casos en que los Juzgados estén en distintas provincias pero en la misma Comunidad Autónoma– Arts. 60.1, 73.2 c y 82.5 LOPJ–, lo será la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, o la Sala de lo Civil del TS³⁸⁸ en el caso de que se hallen en distintas Comunidades Autónomas.

Sus competencias en el orden penal van a ser, en cuanto a la competencia objetiva, el conocimiento en el orden penal –de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal– de los siguientes supuestos:

³⁸⁸ Según el Art. 15 bis de la LECrim., en orden a dicha determinación se tendrá en cuenta el domicilio de la víctima, en estos casos, víctima de la violencia en el ámbito familiar.

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

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea una de las personas que antes hemos enumerado³⁸⁹.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia³⁹⁰.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I (faltas contra las personas) y II (faltas contra el patrimonio) del Libro III CP, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido esposa del autor, o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o se hubiesen cometido sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente (Art. 87 ter 1 LOPJ y 14.4 LECrim, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)³⁹¹.

³⁸⁹ Fuentes Soriano hace una interesante reflexión sobre la competencia para ejecutar las sentencias de conformidad dictadas por los Juzgados de Violencia Contra la Mujer. La aplicación analógica de lo previsto en el artículo 801.4 respecto de la ejecución de las sentencias de conformidad dictadas por los Juzgados de Guardia en los Juicios Rápidos lleva a entender que la competencia para su ejecución recae en el Juzgado de lo Penal, también en el caso de que la sentencia haya sido dictada por los J. V. contra la Mujer. En este sentido, si bien la competencia del JVM se extenderá a la determinación de la suspensión de la pena o de su sustitución por el consiguiente programa rehabilitador (art. 801.2), la duración del mismo, la clase de programa específico y la entidad que deba prestarlo, así como la duración de la condena serán decisiones que corresponderán al Juzgado de lo Penal en fase de ejecución. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. pp. 121-122.

³⁹⁰ Si bien en el III encuentro entre Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 28 a 30 de octubre de 2008, se concluyó la necesidad de la elevación al legislador de una propuesta para la derogación de la L. O. 1/2004, en cuanto a la atribución de competencias civiles a los JVM.

URL:http://www.elderecho.com/actualidad/EDO_EDEFIL20130522_0007.pdf (Consultado: 12-12-2012).

³⁹¹ En este sentido, parece adecuada la llamada de atención de Cueto Moreno en lo relativo a este último apartado, en sentido de que las faltas contra las personas (Título I del Libro II CP), en materia de violencia de género, han quedado restringidas a las injurias y vejaciones leves, así como que, en relación a las faltas contra el patrimonio (Título II del Libro III CP), ya que el legislador atribuye su conocimiento al JVM y que esa misma conducta, si constituye delito por ser más grave, queda fuera de su ámbito de actuación (ejemplos: hurto, hurto de uso de vehículo de motor, estafa, apropiación indebida, defraudación eléctrica (...)). CUETO MORENO, C. Delimitación de competencias del Juzgado de violencia sobre la mujer en relación con los Juzgados de Instrucción y de Familia. En *Ob. Cit. La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 427.

En cuanto a la competencia territorial, va a venir ésta determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección o de las medidas urgentes que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos, de conformidad con el Art. 15 bis LECrim, tras su modificación hecha por esta Ley.

Asimismo, la adopción de las primeras diligencias será competencia del JVM del lugar donde ocurrió el hecho, sin perjuicio de que posteriormente se inhiba a favor del Juzgado del domicilio de la víctima.

En relación con la competencia por conexión, estos juzgados extenderán también su competencia a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas consideradas conexas, siempre que ésta procediese de ser una de las infracciones medio para perpetrar otra o facilitar su ejecución, o para procurar su impunidad, según el Art. 17 bis de la LECrim, tras la modificación que en él opera la Ley.

11.6.1. Competencias en el orden civil.

Por ello, la explicación a la llamativa atribución de competencias en el orden civil³⁹², se halla en la comprobación estadística entre la aparición de la violencia doméstica y los procesos de separación, divorcio o ruptura de las parejas de hecho, tras cuyo análisis, se llega a la conclusión de que un gran número de cuadros de violencia se producen en el ámbito de estos procesos civiles, tanto en los momentos previos a su inicio, como durante su tramitación o durante la ejecución de los mismos.

Por vía del séptimo párrafo del Art. 544 ter LECrim, se trasladan a la vía del proceso penal, cuatro medidas cautelares civiles, con una duración inicial máxima de treinta días, no obstante, prorrogables por otros treinta días, si la demanda se interpone en un proceso ante la jurisdicción de Familia, situación ya puesta de manifiesto por el II Plan contra la Violencia Doméstica, el cual hacía hincapié en la falta de coordinación entre los distintos Juzgados que intervienen en este tipo de asuntos como uno de los problemas a solucionar para erradicar la violencia familiar.

Dichas medidas son:

1) La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, a los efectos únicamente posesorios, al margen de quién sea el legítimo propietario de la misma (conviviente o familiar), por lo que se mantienen las obligaciones del pago del alquiler a quien lo estuviera haciendo hasta entonces, si la misma estuviera alquilada³⁹³, lo que supone muchas veces una primera separación convencional legal de la pareja afectada, que implica un lanzamiento del domicilio común que obliga al inculpadado al abandono de dicho domicilio³⁹⁴.

³⁹²Asencio Mellado critica la asignación de esta variedad de competencias, ya que el conocimiento de pretensiones civiles y penales en un mismo órgano judicial, unido al hecho de que en la gran mayoría de supuestos se tratará de órganos judiciales que compatibilizan el conocimiento de la violencia de género con el del resto de asuntos que objetivamente le competen, hace temer que estos Juzgados puedan nacer colapsados y que ello suponga el fracaso de la medida, ya que hasta ahora, conforme a lo establecido en el artículo 544 ter LECrim, los tribunales penales ya adoptaban medidas cautelares civiles sin que se formularan críticas tan inadmisibles como las vertidas por el CGPJ contra esta Ley. ASENCIO MELLADO, J. M. La competencia civil de los JVM. *Revista La Ley*. nº 19. 2005.

³⁹³ Situación ampliamente analizada por SALAZAR BORT, S., en *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi. 2001. pp. 397 y ss.

³⁹⁴ *Vid.* Art. 96 CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que

b) La fijación, en su caso, de un régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos, que suele ser conclusión de la decisión de finalizar la convivencia bajo un mismo techo, y que igualmente se puede solicitar para los supuestos del “alejamiento”, en la consideración de que la restricción al presunto maltratador de esos derechos paterno filiales debe entenderse como una excepción.

c) La prestación provisional de alimentos³⁹⁵, que, por importe de una mensualidad, prorrogable por otra, debe alcanzar a la manutención ordinaria para comida, vestido, escolarización de los hijos bajo custodia y gastos ordinarios de mantenimiento del patrimonio familiar, calculada conforme a los ingresos medios normales de quien, estando obligado a satisfacerlos, al mismo tiempo sea sujeto de una investigación penal por violencia doméstica.

d) Y cualquier otra medida de protección –sin perjuicio de las previstas en el Art. 158 CC–, que se considere oportuna a fin de apartar, en su caso, a los menores de un peligro o de evitarles eventuales perjuicios derivados de las habituales discusiones que concurren en este tipo de situaciones y que se supongan puedan afectar a la salud de los menores. Además, éstas se complementan con otras garantías –que analizaremos posteriormente– propias del ámbito procesal, como son el deber de informar permanentemente a la víctima de la situación procesal y penitenciaria del imputado y del alcance de las medidas –recogidas en el Art. 544 ter 9 LECrim–, o la inscripción de sus datos en el Registro Central de Protección de Víctimas de Violencia Doméstica³⁹⁶.

No obstante debe recalcar que el listado cerrado de materias civiles, competencia de los Juzgados de Violencia Contra la Mujer, se encuentra condicionado a la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos para que pueda atribuírseles el conocimiento de tales asuntos de manera exclusiva y excluyente:

1. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género.
2. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
3. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer

prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. A la vista de este artículo, numerosas resoluciones judiciales, se limitan a fijar el tiempo por el que se atribuye el uso de la vivienda familiar, pero no las consecuencias jurídicas que devienen del cumplimiento del término.

³⁹⁵ Arts 110 y 154 CC, que regulan la prestación de alimentos de los hijos menores de edad, de acuerdo a aspectos como que. Se pueden señalar los siguientes puntos: - Mientras los hijos son menores la obligación no está sujeta a condición de ningún tipo. - No se exige acreditar necesidad de alimentos para que surja la obligación durante la minoría de edad. -La obligación de alimentos debe ser suficiente para cubrir las necesidades básicas de subsistencia, aunque también será fijada de forma proporcional a los medios económicos del obligado al pago.

³⁹⁶ En este sentido se recuerdan las palabras que contenía la exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual: “En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a las que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etcétera, producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito”.

actuaciones penales por delito o falta consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Por ello, el novedoso Art. 87 ter LOPJ aclara, en este sentido que cuando el juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no entrañen materia de violencia de género, podrá inadmitir³⁹⁷ la pretensión³⁹⁸, remitiéndola al órgano judicial competente³⁹⁹.

Los números 2 y 3 del Art. 44 atribuyen competencias civiles a dichos juzgados⁴⁰⁰, como consecuencia del apelativo *integral* asignado a la Ley, con lo que en adelante, un mismo juzgado va a poder tanto instruir los casos de violencia causada por el cónyuge o asimilado, varón, frente a su mujer o compañera, cuanto posteriormente arbitrar una solución relativa al Derecho Civil e incluso al de Familia⁴⁰¹, entre ambos⁴⁰². La *vis atractiva* otorgada por la Ley Orgánica 1/2004 a dichos Juzgados, implica incluso que si el cuadro agresivo naciese de la tramitación de un asunto civil, como pueda ser el divorcio solicitado por la mujer, la continuación de ese trámite judicial pasará –en aplicación del Art. 57 de la Ley de referencia–, con los matices que a renglón seguido veremos, a depender del JVM que instruyese el maltrato, situación que se dará de manera similar en todos los procedimientos y recursos que a su competencia les atribuye el número 2 del Art. 44.2 –según hemos analizado–⁴⁰³,

³⁹⁷ Expresión que Gómez Colomer considera “incorrecta”, en Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. GÓMEZ COLOMER, J. (Coord.). Castellón: Publicaciones Universidad Jaime I. 2007. p. 100.

³⁹⁸ Sillero Crovetto apunta la necesidad de modificar la redacción de este artículo, en los términos propuestos por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género. SILLERO CROVETTO, B. *Ob. Cit.* Análisis y evaluación de la competencia civil de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, *Revista de Derecho de Familia* nº 54. 2012. p. 65. Dicho grupo de expertos en Violencia Doméstica y de Género es un grupo de trabajo creado para colaborar y prestar asesoramiento al Consejo General del Poder judicial en esta materia. En la actualidad está integrado por seis magistrados y magistradas, participando en sus trabajos una letrada del Consejo. El Grupo de expertos se ocupa, entre otras actividades, de: 1. Elaborar guías que contribuyan a las buenas prácticas judiciales. 2. Estudiar la aplicación de la Ley Integral. 3. Analizar las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado de España y por las Audiencias Provinciales en casos de homicidios y asesinatos consumados en el ámbito de la pareja o ex pareja.

³⁹⁹ Frente a esta decisión legislativa se interpuso durante la fase de anteproyecto de la Ley Orgánica de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, un voto particular al Informe del CJPJ, en cuanto a rechazar que se produzca una *conmixtion* de jurisdicciones, ya que lo que ocurre es que el legislador, para una mayor protección de la víctima, atribuye al Juez instructor determinadas competencias civiles, similar a la acumulación heterogénea de acciones, la civil y la penal, operada *ope legis* en los Arts. 112 y 110 LECrim. p. 38 del voto particular aludido.

⁴⁰⁰ La posibilidad de que los JVM asuman competencias hasta entonces propias del orden civil, residenciada en los J. de 1ª Instancia o los Juzgados de Familia, es considerada como un “logro” de la LO 1/2004, a criterio de VERDERA IZQUIERDO, B. Cuestiones de Derecho de Familia ante la Violencia de Género. *Revista de Derecho de Familia*, nº 47. 2010. p. 54.

⁴⁰¹ Circular 4/2005 de la FGE, de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Apartado V. C.)

⁴⁰² Situación revelada como determinante en cuanto a la coordinación entre la jurisdicción civil y penal en materia de violencia familiar, reputándose como imprescindible una comunicación plena entre ambas jurisdicciones, en las VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, celebradas los días 1, 2 y 3 de marzo de 2011 en la Ciudad Judicial de Barcelona, dirigidas por Pérez-Puig González, R., Letrada del Servicio de Relaciones Institucionales del Consejo General del Poder Judicial y Diez Núñez, J. J., Magistrado de la Sección Sexta de la AP Málaga.

URL:http://www.aefaf.es/pdf/2011_03_01_CONCLUSIONES_VII_JORNADAS_BARCELONA_CGP_ASOC.pdf (Consultado 15-12-2012)

⁴⁰³ A juicio de Sillero Crovetto “La violencia se desarrolla en los ámbitos familiar e íntimo de la persona o de la unidad familiar, y afecta a todas las personas que conforman el grupo familiar, en especial a los

de las cuales, por otra parte, se suprimieron en la tramitación parlamentaria de la Ley, todas las relativas a la capacidad de las personas y al reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en el ámbito matrimonial –coincidiendo plenamente con el elenco de procesos no dispositivos del Art. 748 LEC–, que sí figuraban como susceptibles de conocimiento por dichos juzgados en el Proyecto de Ley.

El número 5 del Art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004 añade, en último lugar, el Art. 87 ter 5, a la LOPJ, como última competencia de los JVM, con el tenor de que “En todos estos casos está vedada la mediación”, sin aclarar debidamente la Ley si se refiere tanto a los procesos civiles como a los penales⁴⁰⁴, o exclusivamente a los civiles⁴⁰⁵.

La LOPJ reserva, en su Art. 87 ter (igualmente introducido por el Art. 44.3 de la Ley Orgánica 1/2004) las materias ya referidas a los JVM; pero para ello, va además a exigirse [Art. 87 ter 3, b) y c)] en primer lugar, tanto un acto relativo a la violencia de género, como que el actor⁴⁰⁶ y la víctima integren cada una de las partes del proceso civil, y en segundo lugar [Art. 87 ter, c)], o el inicio de las consecuentes actuaciones procesales penales derivadas de un acto de violencia de género, o el dictado de una orden de protección⁴⁰⁷, lo que hará además al JVM absorber cualquiera de las actuaciones civiles que estuviesen iniciadas por cualquier otro órgano de la jurisdicción civil, incluso si el JVM hubiese dictado ya sentencia condenatoria cuando se presentase ante él la demanda civil⁴⁰⁸, debiéndose exceptuar el caso en el que efectivamente no existiese sentencia condenatoria, lo que no acreditaría la existencia de caso de violencia contra la mujer, sin desplegándose por ello la *vis atractiva* del J.V.M., debiéndose entonces residenciar la materia civil en la sede del juez civil ordinario⁴⁰⁹.

hijos, por lo que deberían superarse las reticencias de los Tribunales a considerar la influencia de la violencia en la que vive la familia a la hora de adoptar medidas civiles”, y denuncia que “en numerosas ocasiones, en los Juzgados de Violencia Contra la Mujer no se da la importancia que merece la adopción de medidas civiles”. SILLERO CROVETTO, B. *Ob. Cit.* Análisis y evaluación de la competencia civil de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. *Revista de Derecho de Familia* nº 54. 2012. p. 93.

⁴⁰⁴ Al respecto, Ordoñez Sánchez afirma que la prohibición de la mediación ante las partes, como previa al proceso “se extiende tanto a los aspectos civiles como a los penales de las conductas cuyo conocimiento corresponde a los JVM”. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B. La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos. *Revista La Ley Penal*. nº 44. 2007. pp. 51-52.

⁴⁰⁵ Senés Montilla sostiene que dicha prohibición “solo afecta en sede civil, al ser dicha institución propia del Derecho Civil, expresamente reglada en materia de Derecho de familia”. SENÉS MONTILLA, C. La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. *Diario La Ley*. nº 6371. 2005.

⁴⁰⁶ Al que la LO 1/2004 se refiere como *imputado*. Muerza Esparza, J. asimila este término empleado por la LO, al recogido en el Art. 118 LECrim. MUERZA ESPARZA, J. Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En MUERZA ESPARZA, J. (Coord.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*. Madrid: Thomson-Aranzadi. 2005. p. 57.

⁴⁰⁷ Respecto a lo cual, se cita el paralelismo descrito por Sillero Crovetto entre las medidas de naturaleza civil que pueden ser acordadas en la orden de protección, de acuerdo con el artículo 544 ter de la LECrim, y las previstas en los tres primeros apartados del Art. 103 CC. SILLERO CROVETTO, B. *Ob. Cit.* Análisis y evaluación de la competencia civil de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. *Revista de Derecho de Familia* nº 54. 2012. p. 76.

⁴⁰⁸ En sentido contrario, Gómez Colomer recalca que “la *vis atractiva* termina en el momento en que concluyen las actuaciones penales”. GÓMEZ COLOMER, J. L. *Violencia de género y proceso*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. p 189

⁴⁰⁹ En este sentido, MAGRO SERVET, V. (Coord.), *Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica*. 2005. pp. 173-175.

Para los casos en los que durante el curso del proceso penal, cualquiera de las partes dejase de observar alguno de los requisitos prescritos por el nº 3 del Art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, la propia Ley no ofrece respuesta, encontrándose la misma, no obstante, recogida en la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004⁴¹⁰, donde se concluye que “si el JVM ha admitido a trámite el proceso civil por estimar que concurren todos los requisitos de los apartados 3 y 4 del artículo 87 ter LOPJ, posteriormente no perderá la competencia sobre dicho asunto civil pese a que el proceso penal se archive, se ordene sobreseimiento o se dicte sentencia absoluta”, situación en la que vemos que la *vis atractiva* otorgada a estos nuevos órganos, en este caso, coherente con el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*⁴¹¹.

Dicha omnicompreensión concedida a los JVM aparece plasmada en el Art. 57 de la Ley Orgánica 1/2004, que añade el Art. 49 bis, a la LEC, en el que se asigna expresamente la pérdida de la competencia sobre las actuaciones que pudiesen estar iniciadas por los jueces ordinarios de lo civil, de Familia o de primera Instancia si protagoniza el varón un caso de violencia contra la mujer o sobre *persona especialmente protegida*, lo que hará que se produzca una acumulación en sede del JVM, caso de darse los requisitos referidos, de *todas* las cuitas legales de ambas partes. La obligación de inhibición del juez civil ordinario frente al JVM, tiene, no obstante, un momento procesal concreto, ya que ésta existe únicamente en tanto el proceso se encuentre en el trámite de primera instancia, sin que se haya iniciado la fase del juicio oral, puesto que una vez finalizada ésta⁴¹², cesará tal obligación de inhibición⁴¹³.

Ni la LEC, ni la Ley Orgánica 1/2004 aclaran la vía por la cual el Juzgado de Familia o de Primera Instancia deban tener conocimiento del inicio de actuaciones penales por el JVM, a los efectos de su posible inhibición en el mismo de las actuaciones que aquellos estuviesen llevando a cabo, dándose la práctica de ser la propia víctima quien notifique al juzgado el conocimiento paralelo del JVM de un caso de violencia por parte de su pareja, si bien el artículo 49 bis 1) LEC⁴¹⁴ obliga al Juzgado de lo Civil, previamente a la inhibición, a la comprobación del inicio de tales actuaciones, y en su caso, a

⁴¹⁰ Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el CGPJ, con la finalidad de ayudar al profesional del Derecho en la interpretación de las normas sobre violencia de género del sistema judicial, editada por el CGPJ, 2005, pp. 86-88.

⁴¹¹ Vid. Arts. 410 LEC; la jurisprudencia del TS (STS de 19 octubre 1960 [RJ 1960, 3426] y 14632/1989, de 28 septiembre) tiene declarado, en este sentido, que la sentencia debe concretarse a los hechos existentes en el momento de producirse la demanda y su contestación ya que el principio de la “*perpetuatio iurisdictionis*” obliga al Juez a estimar incoado un proceso y decidirlo en los términos planteados y obliga también a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y la sentencia.

⁴¹² El apartado VI.B.2.b.1 de la Circular 4/2005 de la FGE de Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección Integral, recoge que “aunque no se diga expresamente en el apartado 2 del artículo 49 bis, hemos de entender que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, hasta la fase de juicio oral”.

⁴¹³ Vid. MUERZA ESPARZA, J., Ob. Cit. Aspectos procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En MUERZA ESPARZA, J. (Coord.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*. 2005. p. 63.

⁴¹⁴ Como sabemos, artículo creado en la LEC por la LO 1/2004. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004. pp. 42166-42197.

remitir los autos al JVM., sin que le sea de aplicación la obligación de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal prescrita en el Art. 48.3 LEC, si bien, con arreglo al Art. 49 bis 3 LEC, las partes podrán notificar al juzgado la incoación del proceso penal o la adopción de una orden de protección.

El Art. 66.2 LEC permite a las partes impugnar la posible decisión del juzgado civil de declinar la inhibición a favor del JVM, lo que elimina posibles conflictos de competencia, dada la aludida *vis atractiva* de los nuevos órganos jurisdiccionales. De igual manera, para el caso en que se estuviese tramitando en algún juzgado civil algún tipo de proceso, y se tuviese allí noticia de una posible acción integrante de violencia de género por alguna de las partes, el juzgado, tras comprobar la existencia en el caso de los requisitos recogidos en el Art. 87 ter LOPJ, deberá citar a las mismas⁴¹⁵ así como al Ministerio Fiscal –dándole así a conocer la *notitia criminis*–, a una audiencia dentro de las 24 horas siguientes, tras la cual, el Ministerio Fiscal deberá, en su caso, solicitar una orden de protección o denunciar los hechos ante el JVM de la localidad, con lo que el juzgado civil quedará desde entonces a la espera de la recepción del requerimiento de inhibición; no obstante, durante este *impasse*, podrá proceder a la continuación del proceso a fin de evitar indeseables dilaciones⁴¹⁶. Para los casos en los que el JVM se encuentre en un partido judicial distinto, deberá estarse a lo prescrito por la Circular 4/2005, que recoge la obligación del Fiscal que fue parte de la comparecencia descrita, de poner los hechos en conocimiento del Fiscal que sea “territorialmente competente”⁴¹⁷.

A fin de facilitar el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los JVM que tanto en materia penal como civil correspondan a la Audiencia Provincial, podrán especializarse una o varias de sus Secciones mediante acuerdo del CGPJ, previo informe de las Salas de Gobierno, según refleja el Art. 82.1 n° 4 y 82.4, en relación con el Art. 98 de la LOPJ.

11.7. Asistencia jurídica gratuita y exención de tasas judiciales.

El Art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/2004 arbitra la posibilidad de la asistencia jurídica gratuita para los casos de mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; así, tendrán derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en todos los procesos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al Abogado los honorarios

⁴¹⁵ El artículo 750 LEC prescribe como obligatoria ante este tipo de comparecencias, la asistencia de abogado y procurador: “... las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador”.

⁴¹⁶ Para Verdera Izquierdo, ésta sería una muestra más del apelativo “integral” asignado a la LO 1/2004. VERDERA IZQUIERDO, B. *Ob. Cit.* Cuestiones de Derecho de familia ante la violencia de género. *Revista de Derecho de Familia* n° 47. 2010. p. 56.

⁴¹⁷ Circular 4/2005 de la FGE, de 18 de julio de 2005, de Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, apartado VI.B.2.b.2.

devengados por su intervención, si bien tras la publicación en el BOE del día 21 de noviembre del 2012, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, coexiste el pago de determinadas tasas para el acceso a la protección judicial⁴¹⁸. Las tasas recogidas en dicha Ley afectan a tres de los cinco órdenes jurisdiccionales, a la jurisdicción civil, a la social y a la contencioso-administrativa, quedan exentas la Penal (que representa cerca de un 70 por ciento de los asuntos que ingresan en los Tribunales) y la militar.

El Art. 4 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre recoge en su número 1, letra a), las exenciones objetivas de las tasas:

La interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos en relación con los procesos de capacidad, filiación y menores, así como los procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.

En el número 2, letra a) declara que, están, en todo caso, exentos de esta tasa: Las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora.

El devengo de la tasa se producirá, en el orden jurisdiccional civil, en el momento procesal de la interposición del escrito de demanda, encontrándose dicha tasa vinculada, en el marco de las disposiciones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita⁴¹⁹, al sistema de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio, por lo que actualmente, sólo pueden recurrir al sistema gratuito las personas cuya unidad familiar tenga ingresos inferiores a 1.500 euros mensuales⁴²⁰.

Por ello, tras la entrada en vigor el de la ley en estudio, y para lo que al análisis de este tipo de violencia afecta, el hecho de divorciarse, el hacer una liquidación de bienes gananciales o la interposición de una petición de pensión compensatoria supondrá un desembolso a las partes que podría conllevar efectos

⁴¹⁸ No obstante, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia recoge que “El derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita. Se trata de dos realidades jurídicas diferentes. Desde el momento en que la Constitución encomienda al legislador la regulación del alcance de esta última, está reconociendo que el ciudadano puede pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia. Sólo en aquellos supuestos en los que se acredite insuficiencia de recursos para litigar es la propia Constitución la que consagra la gratuidad de la justicia”. (Preámbulo I).

⁴¹⁹ Si bien el Pleno del Consejo Económico y Social recoge en su sesión ordinaria del día 20 de marzo de 2013 la entrada de un escrito del Ministro de Justicia en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el Art. 7.1.2 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el C.E.S. emitiera dictamen, por el procedimiento de urgencia, sobre el Anteproyecto de Ley de Asistencia jurídica gratuita, en el que se regula el ámbito personal de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, cabe señalar que algunas de las novedades que recoge, en este terreno, en relación con la Ley 1/1996 actualmente en vigor, ya han sido incorporadas a dicha ley a través del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. Entre dichas novedades destaca, en primer lugar, “el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de los recursos para litigar, a las víctimas de violencia de género”.

⁴²⁰ Art. 3 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

disuasorios en aquellos casos en los que por motivo de la cantidad de renta percibida no se posea acceso a la justicia gratuita, lo cual a la postre podría suponer una barrera para la lucha contra la violencia de género⁴²¹, habida cuenta de que el propio divorcio implica un coste de 300 euros en primera instancia y caso de mutuo acuerdo, y uno de 800 euros en apelación, y siempre que no existan peticiones económicas, puesto que de haberlas, a la cuantía reclamada debe sumársele una escala gradual recogida en la Ley, así, por ejemplo, en el caso de un matrimonio que decida divorciarse y tenga una vivienda o cualquier bien, habrá que calcular el valor de todo ello, aplicar la tasa fija que corresponda dentro de los porcentajes contenidos en la Ley, y tras ello, un segundo porcentaje del 0,5% de impuesto, cuyo destino serán las arcas del Estado.

El Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aprobado para el desarrollo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio), pone de manifiesto en el Art. 28.3, que: "...todos los Colegios de Abogados establecerán un régimen de guardias especializado en la defensa de las víctimas de violencia de género".

En el marco del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención contra la Violencia de Género de 2006, y del Plan de Medidas de 2007, se prevé la formación especializada de los letrados, que presten asistencia jurídica en los procesos de violencia de género, con programas homologados por el Ministerio de Justicia en colaboración con el Consejo General de la Abogacía. En el marco de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, el 3 de diciembre de 2007 se firmó un Convenio para la especialización de los abogados de oficio entre el Ministerio de Justicia, la Secretaria General de Políticas de igualdad y el Consejo General de la Abogacía, financiando a partes iguales el coste y la organización de dichos cursos formativos con la finalidad de que adquieran unos conocimientos en materia de violencia de género que les permita articular una defensa jurídica especializada tanto en el proceso principal, como en todos los procesos y procedimientos administrativos que traigan causa, directa o indirecta, de la violencia padecida.

Igualmente, dispone la Ley Orgánica 1/2004 que el Gobierno, el CGPJ y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. Su Art. 47 recoge que en todo caso, en los cursos de formación aludidos, se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.

⁴²¹ Según MONTALBÁN HUERTAS, I, presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, "Denunciar ante la policía malos tratos no tiene coste, pero romper el último lazo con el agresor recurriendo al divorcio y repartir los bienes del matrimonio será ahora más caro, y por tanto un obstáculo para que las mujeres víctimas de la violencia sigan adelante con los procesos judiciales". *Diario El País*. 21-11-12.

11.8. El Fiscal de Violencia Contra la Mujer.

Una nueva revisión de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 refleja que se contemplan en la misma normas que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal, tanto mediante la creación del propio Fiscal contra la violencia sobre la mujer, como mediante la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Dichos Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delito o falta cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia de Género.

Con ello, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, establece que el Fiscal General del Estado nombrará, oído el Consejo Fiscal, como delegado, un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, con categoría de Fiscal de Sala.

A estas Secciones⁴²² serán adscritos Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra análoga circunstancia, se hayan especializado en la materia⁴²³.

Por último cabe señalar que según se recoge en el Art. 18.1, párrafos 2º y 3º, en la Sección Contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente.

11.9. Medidas judiciales a aplicar para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas:

El capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004 trata sobre las medidas judiciales a aplicar para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas. Comprende los artículos que van del 61 al 69.

Las medidas referidas⁴²⁴, cuyo cometido consistirá en el otorgamiento a la víctima de la sensación de seguridad frente a su agresor que no tuvo en tanto sufría las agresiones, aparecen anticipadas en la exposición de motivos de la Ley. En el Art. 61 se recoge que las medidas de protección y seguridad previstas serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que

⁴²² La Instrucción 7/2005 de la FGE especifica que cada Sección contra la Violencia sobre la Mujer en análisis, “aglutina un conjunto de medios personales y materiales que se organizan ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal en materias relacionadas con la violencia de género (Arts. 439 LOPJ y 11 Ley 30/1992), no constituyéndose en Órgano del Ministerio Fiscal ni en Fiscalía Especial (Art. 12 Estatuto del Ministerio Fiscal)”.

⁴²³ En este sentido, ya se expresaba la citada Instrucción núm. 7/2005 de la FGE: “Como se dijo en la Instrucción 4/2004 FGE “la mujer que acude a cualquier oficina del Ministerio Fiscal está denunciando un hecho delictivo, pero al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar eficazmente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela”

⁴²⁴ Ortega Calderón sostiene que “la denominación *medida* en el ámbito penal es aquella reservada como respuesta penal para aquellos supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad ante la imposibilidad de aplicar la pena, o bien haciéndolas compatibles con ésta”. ORTEGA CALDERÓN, J. L. Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre. *Revista La Ley*, nº 6349. 2005.

se pueden adoptar en los procesos civiles y penales⁴²⁵, y que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento⁴²⁶, determinando su plazo, si procediera su adopción.

Dichas medidas en concreto aparecen en los siguientes artículos de la Ley, según se ha anunciado: Art. 62, en el que se refiere a la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; Art. 63, en el que se protege la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género; Art. 64.1, por el cual el juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo⁴²⁷; en los números 3 y 4 del mismo artículo se recoge la potestad otorgada al Juez en orden a prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, situación que entrañará la orden de alejamiento, lo que le impedirá acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse además la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal; en el Art. 65, se refleja la posibilidad de que el Juez suspenda para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera; en el Art. 66 la suspensión de visitas del inculpado por a sus descendientes⁴²⁸, y en el Art. 67, el posible acuerdo de la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Las citadas medidas, según el Art. 68 de la Ley, deberán establecerse por auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad⁴²⁹, y, en todo

⁴²⁵ A criterio de BERROCAL LANZART, A. I., “La intervención del Estado en el ámbito de autonomía familiar está justificada respecto a los menores por la promoción y protección de los mismos (Art. 39 CE). Por tanto, cuando el interés del menor o su bienestar se encuentra comprometido justifica la intervención estatal. (Interés superior de la infancia / violencia)”.

URL: www.iiicongresomundialdeinfancia.org/material. (Consultado: 12-2-2013).

⁴²⁶ En este sentido, Valeije Álvarez, I. propone una revisión de la medida de alejamiento aproximándola a las medidas de seguridad, al objeto de dotarla de mayor flexibilidad en su aplicación. VALEIJE ÁLVAREZ, I. Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 del C. Penal y delito de quebrantamiento de condena. *Estudios Penales y Criminológicos*. XXVI. 2006. p. 353.

⁴²⁷ Apunta Sotorra Campodarve, M. C. que “aunque la prohibición de acercamiento lleva ínsita la medida, el legislador ha entendido conveniente especificar tal extremo, quizás para evitar errores involuntarios”. SOTORRA CAMPODARVE, M. C. *Ob. Cit.* Protección en el ámbito Penal. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 426.

⁴²⁸ La misma autora aclara que a pesar de su apariencia, tales medidas sólo podrán ser adoptadas en los casos en que sean los propios menores las víctimas de la violencia doméstica, pues lo contrario vulneraría el correcto mantenimiento de las relaciones paternofiliales, y excedería del espíritu de la propia ley”. *Ob. Cit.* Protección en el ámbito Penal. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 426.

⁴²⁹ Sobre este extremo, *vid.* el Auto de la AP Barcelona 6206/2009, de 31 de julio, en el que se aclara que para la adopción de la medida de protección es necesario además de que existan indicios de que se haya

caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa, dado el carácter profundamente restrictivo de derechos que para el actor éstas podrían suponer.

En orden, precisamente, a evaluar la necesidad de la aplicación de dichas medidas, y su consecuente proporcionalidad, el Consejo de Ministros, mediante acuerdos de 15 de diciembre de 2006 y de 22 de junio de 2007, aprobó un conjunto de medidas urgentes para abordar el problema, entre las que destaca la elaboración, por parte de la Secretaría de Estado de Seguridad, de un protocolo de valoración de riesgo para su uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El Protocolo va asimismo a crear unas unidades policiales especializadas en este peculiar tipo de delincuencia, las Unidades Especializadas en Violencia de Género⁴³⁰.

11.9.1. La orden o medida cautelar de alejamiento.

Centrémonos en el estudio de una de las medidas contempladas en la Ley que tratamos, la conocida como orden o medida cautelar de alejamiento⁴³¹. Esta medida no es por entero creación novedosa de la Ley Orgánica 1/2004. La ya analizada Ley 14/1999, de 9 de junio de modificación del Código Penal y de la LECrim añadía en su artículo tercero, el Art. 544 bis, con la siguiente redacción: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el Art. 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”. Igualmente, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección a las Víctimas de Violencia de Género, como hemos visto, contempla, según indica su nombre, una medida en este sentido⁴³².

La Orden en estudio aparece en el Art. 64 de la Ley Orgánica 1/2004 – “De las medidas de salida del domicilio, *alejamiento*...”–, en el número 3, párrafos segundo y tercero, ya vistos: “3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

cometido un delito, que quede constatada una situación efectiva de riesgo futuro.

⁴³⁰ En agosto de 2005 se crearon 40 unidades de Policía y 30 de Guardia Civil con exclusiva dedicación a los delitos y faltas investigadas de violencia de género. Sus agentes integrantes contarán con una formación especializada para hacer frente a la problemática propia de la violencia de género con total eficacia.

⁴³¹ Vid. SAP Gerona 207/2008, de 11 de abril: “la medida cautelar de alejamiento dictada al amparo de una orden de protección a la víctima de un delito, generalmente en supuestos de violencia de género, como toda medida provisoria, requiere de la apreciación del llamado *periculum in mora*, que el en campo del derecho penal esta referido a la necesidad de la medida para la protección de la víctima por cernirse sobre ella un riesgo serio derivado de la cercanía física con el delincuente.

⁴³² SOTORRA CAMPODARVE, M. J. sostiene que “el tejido protector elaborado respecto de este tipo de infracciones estaba, paulatinamente tomando cuerpo y extensión, pero la realidad cotidiana parecía no tomar conocimiento de estos avances, lo que motivó la promulgación de una nueva norma, la Ley 27/2003, que introdujo el artículo 544 ter en la Lecrim”. En *Ob. Cit.* Protección en el ámbito Penal. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 386.

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada⁴³³ para verificar de inmediato su incumplimiento”.

11.9.1.1. Mecanismos tecnológicos de control a distancia.

En cuanto a la utilización de los dispositivos telemáticos aludidos por la Ley⁴³⁴, es claro que éstos se emplearán para verificar la posible trasgresión de la orden de alejamiento. En realidad, la novedad no consiste tanto en la previsión en nuestro sistema penal de la utilización de mecanismos de vigilancia electrónica, sino en su viabilidad respecto de una medida de seguridad, pues ya el vigente Código Penal regula su utilización respecto de los condenados a penas privativas de derechos en el Art. 48.4⁴³⁵.

En relación al empleo de este tipo de controles, contamos con la experiencia de algunos países en la implantación y desarrollo de dispositivos electrónicos de vigilancia⁴³⁶, en sus diversas perspectivas, tanto para la prevención delictiva como para la detención de delinquentes y la localización de condenados; aspecto esta último en el que tiende a generalizarse la utilización de estos dispositivos como medida alternativa a la prisión. No obstante, incluso en los sistemas jurídicos considerados avanzados en la utilización de los instrumentos de vigilancia electrónica, está presente el debate de su legitimidad⁴³⁷ desde el punto de vista de los derechos básicos del individuo⁴³⁸, ya que difícilmente pueden combinarse la vigilancia permanente y deslocalizada del individuo y la salvaguarda de su intimidad⁴³⁹.

⁴³³ Mediante el empleo de localizadores –brazales–, así como la notificación a quien los porta del lugar que no deben abandonar, o al que no deben acceder, supervisándose telemáticamente esa restricción de libertad, al emitir estos unas ondas que se registran para comprobar la ubicación del sujeto en todo momento.

⁴³⁴ Renzema y Mayo-Wilson elaboran una definición del control electrónico como “cualquier tecnología que o bien detecta la localización de un sujeto en la comunidad en determinados lugares y horas sin la supervisión de una persona y transmite estos datos de forma electrónica a una estación central de monitorización”. RENZEMA, M. / MAYO-WILSON, E. Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high-risk offenders? *Journal of Experimental Criminology*. nº 1. 2005. p. 220.

⁴³⁵ Lo que ha llevado a Escobar Marulanda, G. a denominar al sistema como “cárcel electrónica”. ESCOBAR MARULANDA, G. Los monitores electrónicos, ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel? En CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch. 1997. p. 199.

⁴³⁶ Tras experiencias previas que tuvieron lugar en Estados Unidos en la década de los 70, los sistemas de control telemático se implantaron en Europa en los años 80, siendo pionera Gran Bretaña, Alemania, Suiza y Holanda. Posteriormente se ensayó en Italia, Portugal y en España según analizamos. En el resto de países se encuentran muestras en Sudáfrica, Canadá y Australia. México adoptó la línea telefónica para la práctica de este tipo de vigilancia, permitiendo que el sujeto al que se le aplica se desplace únicamente 150 de su domicilio.

⁴³⁷ Senés Montilla condiciona su empleo en primer lugar a la previa autorización judicial, y en segundo lugar por el propio control judicial de su formato, al objeto de evitar la estigmatización del usuario. SENÉS MONTILLA, C. Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos de violencia de género”. *Actualidad Penal*. nº 750. 2008. p. 4.

⁴³⁸ Según Aranguez Sánchez, C., “dicho control arremete contra la libertad ambulatoria, la intimidad, la propia imagen –al obligarle portar un brazalete al sujeto afectado por la medida–, e incluso contra el honor. ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *La progresiva implantación de la prisión electrónica en el sistema jurídico español*. pp. 17-20.

URL:<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/10> (Consultado: 21-2-2013).

⁴³⁹ Sobre el derecho a la intimidad, *vid.* WARREN, S. D. / BRANDEIS, L. D. *The right to privacy*. Harvard Law Review. Vol. IV. nº 5. 1898. pp. 193-220 (Traducido al castellano por Pendas, B. / Baselga, B. como *El derecho a la intimidad*. Madrid: Cívitas. 1995).

No obstante, en el marco de las medidas de seguridad de las víctimas de la violencia de género que estudiamos, la previsión de la Ley Orgánica 1/2004 se separa de las experiencias y ámbitos de aplicación aludidos, ya que, la cobertura legal se extiende a la utilización de mecanismos tecnológicos adecuados para “verificar de inmediato” el incumplimiento de la orden de alejamiento. Así pues, nada hay en el texto legal que haga mención a *cualesquiera* instrumentos de localización y seguimiento global del individuo, los cuales repercutirían en una invasión en su esfera privada y no existe tampoco ninguna justificación respecto de lugares calificados de indeterminados⁴⁴⁰.

No obstante, la imposición del alejamiento del actor hacia su víctima⁴⁴¹, no se agotaría, no ya en este tipo de control, ya que, recordemos, el imperativo del alejamiento de la víctima puede tener lugar desde cuatro órbitas distintas:

1. El que ahora mismo estamos analizando, recogido en el Art. 64 de la Ley Orgánica 1/2004, orden de alejamiento.

2. El que se deriva del Art. 83. 6ª, segundo párrafo CP, una vez impuesta la pena⁴⁴².

3. El derivado del Art. 57.2 CP, pena privativa de derechos, adosada a otra principal⁴⁴³.

4. El recogido en el Art. 620.2º CP, si se tratase de amenazas, coacciones injurias o vejaciones leves ante las víctimas recogidas en el Art. 173.2; en este caso, se trataría de pena principal⁴⁴⁴.

11.9.1.2. Prohibición de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicar con la víctima.

Si bien, en relación a la versión del alejamiento referida en segundo lugar –la reflejada en el Art. 83.6ª CP–, antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, los requisitos para suspender la pena ya impuesta por la aplicación de

⁴⁴⁰ La STEDH de 25 de febrero de 1993 aclara que el empleo de dispositivos telemáticos de control puede vulnerar el derecho a la vida privada, y deberá exigirse en todo caso, tanto una previsión legal como un respeto al principio de proporcionalidad.

⁴⁴¹ La recomendación de la Comisión Europea a la Dirección General de Trabajo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea reflejaba como medida de prevención de la violencia en el ámbito familiar el alejamiento inmediato de los agresores del domicilio y entorno de las víctimas (Conferencia de Colonia, 29 y 30 de marzo de 2000).

URL:http://ec.europa.eu/index_es.htm (Consultado: 2-1-2013).

⁴⁴² “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 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado”; sobre este apartado, Ruiz de Erenchun Arceche opina que “adolece de seguridad jurídica, pues aunque pudiera parecer que sólo se ha producido un cambio cosmético (al decir “delitos relacionados con la violencia de género” y no “delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código”), lo cierto es que así se introduce una cierta dosis de incertidumbre al no quedar delimitadas las infracciones a las que resulta aplicable este precepto”. RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. En *Ob. Cit.* MUERZA ESPARZA, J. (Coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Madrid. Thomson-Aranzadi. 2005. p. 30.

⁴⁴³ Apartado del Art. 57 del cual el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia del 10-12-2009 admitió la cuestión de inconstitucionalidad nº 9610-2009, elevada por el Juzgado de lo Penal nº de Mataró en el Procedimiento Abreviado 1026/2009, por posible vulneración del Art. 25 CE.

⁴⁴⁴ En cuanto a la modificación sufrida por la LO 1/2004, que extrae de su ámbito de aplicación la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el hecho sea constitutivo de delito. La incorporación de esta excepción, como consecuencia de la modificación de los delitos de amenazas y coacciones leves al haberse transformado en delito determinadas conductas que hasta entonces eran constitutivas de falta, lo que, obviamente va a conceder a este artículo un carácter residual.

dicho artículo alcanzaban a todos los miembros del ámbito familiar o doméstico. El juez tenía que acordar, previamente, de forma imperativa, la prohibición de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima. Todo ello en orden a evitar que la aplicación de estas exenciones al cumplimiento inmediato de la pena se tradujera en un posible peligro para la entidad de los sujetos pasivos. La Ley Orgánica 1/2004 ha ampliado, con la introducción de los párrafos referidos, la anterior protección a un amplio grupo de personas a través de estas prohibiciones: a la persona de la mujer, exmujer, compañera o excompañera, en una muestra más de la introducción en el Código Penal del concepto creado por la citada Ley, de la *violencia de género*⁴⁴⁵.

Con todo, estas cuatro versiones del alejamiento de la víctima poseen como punto en común, que su quebrantamiento será castigado⁴⁴⁶ por la vía del Art. 468.2 CP⁴⁴⁷, cuyas posibles dudas disipa la ya analizada Instrucción 4/2005 de la FGE, de 18 de julio de 2005, en su apartado “La nueva regulación del delito de quebrantamiento de condena”⁴⁴⁸.

11.9.1.3. Imperativo a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior.

De conformidad con lo establecido en el capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004 – el reservado a las medidas judiciales a aplicar para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas, que abarca los artículos que van del 61 al 69–, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dependiente del Ministerio del Interior, órgano directivo en materia de administración penitenciaria, ha emitido cinco documentos en orden a arbitrar dichos preceptivos avisos a las víctimas para los casos de salida de permiso de los internos⁴⁴⁹ enjuiciados por delitos de violencia en el ámbito doméstico o

⁴⁴⁵ Aún así, la Ley no fija una distancia mínima para este alejamiento entre autor y víctima. Ello ha venido a ser *corregido* por el Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de la violencia de género, aprobado el 10 de junio de 2004, que fija en 500 metros la distancia mínima.

URL:http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1182341620_PROTOCOLO_ACTUACION_POLICIA.pdf (Consultado: 4-2-13).

⁴⁴⁶ En un sentido contrario, la STS 49/2005, de 14 de marzo, otorgó el amparo frente al Auto dictado por la AP, en el que se confirmaba el ingreso en prisión provisional en base al quebrantamiento de una orden judicial de alejamiento, argumentando que faltan en el razonamiento de la resolución datos fácticos que evidencien la existencia real de riesgo, ya que consideró que no se puede presuponer la existencia de riesgo de forma automática cada vez que se produzca el incumplimiento de una orden de alejamiento.

⁴⁴⁷ Aspecto criticado por Jiménez Díaz, M. J., ya que “el castigo por la misma vía de conductas tan dispares “manifiesta una infracción del principio de proporcionalidad de las penas. En todo caso, aún siendo realmente así, ello o se puede dirigir en exclusiva a la reforma introducida en el CP por la LO 1/2004, puesto que dicho tratamiento paritario entre penas, medidas cautelares e, incluso, medidas de seguridad a efectos del delito de quebrantamiento, procede de la configuración otorgada por el C. Penal de 1995 a esta figura, de manera que el legislador de 2004 se ha limitado a reproducirlo al incorporar el nuevo tipo de quebrantamiento en el ámbito de la violencia doméstica o de género”. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. *Ob. Cit.* Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido. En *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 398.

⁴⁴⁸ Que recoge: “Se modifica el artículo 468 del Código Penal (...); La nueva redacción dada al precepto pone fin a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de adoptar la medida cautelar de prisión provisional en los supuestos en que el agresor, en situación de libertad, quebrantaba una medida cautelar de alejamiento o incomunicación decretada por la vía del Art. 544 bis LECrim.”.

⁴⁴⁹ De esta institución, el TC recoge que “se encuentran conectados directamente con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social, y así es obvio que cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los

violencia de género, y siempre, para los casos en los que conste vigente la prohibición de acercamiento a la víctima, si bien, la Instrucción 3/2008, 3/2008, de 6 de marzo del 2008, “Normativa sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios”, fue derogada posteriormente por la Instrucción que actualmente regula la tramitación de dichas salidas, Instrucción 2 de abril de 2012, específica para la regulación de permisos de salida –tanto ordinarios como extraordinarios–, así como de las salidas programadas recogidas en el Art. 114 RP.

El primero de los documentos consiste en la Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, que actualiza una anterior, la Instrucción 19/96, relativa a las “Oficinas de régimen, al cumplimiento de condenas y al régimen penitenciario”. En ella, se analizan los cambios legislativos aparecidos 2003 y 2004 (leyes Orgánicas 5/2003, de 27 de mayo; 7/2003, de 30 de junio; 27/2003, de 31 de julio; 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 26 de noviembre), en lo que afectan al cumplimiento de las penas privativas de libertad por los internos en los centros penitenciarios. En su texto, en un capítulo dedicado a los “Ingresos, libertades y excarcelaciones” –aspectos del cumplimiento de la pena regulados en los capítulos I y II RP–, se hace un recordatorio a la Ley 27/03, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, en el sentido del arbitrio –que ya hemos visto– de determinadas medidas que protegen el habitual desamparo de las víctimas de la violencia familiar, recogiendo la necesidad de crear instrumentos más eficaces que salgan al paso de posibles reiteraciones en dicha actividad delictiva por parte de los internos que cumplan condena por estos delitos, de conformidad con el novedoso artículo 544 ter LECrim, creado por la misma Ley, que como hemos visto, regula en su nº 9 la obligación de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal y penitenciaria del condenado⁴⁵⁰.

El segundo de los documentos citados, emitidos por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de conformidad con el imperativo referido, consiste en la Instrucción 4/2005, de 16 de mayo, relativa a las comunicaciones de los internos con el mundo exterior a los centros penitenciarios⁴⁵¹.

En ella, en su primer apartado, dedicado a las reglas generales para las comunicaciones y visitas relativas a los artículos 41 al 49 del vigente RP, la regla f) refiere: “A los internos que se encuentren detenidos, presos o penados por delitos de violencia doméstica y/o sobre los que se haya dictado orden judicial de alejamiento, a los cuales no se les autorizarán comunicaciones con las víctimas,

vínculos familiares, reducen las tensiones de la vida continuada en prisión y son un estímulo a la buena conducta...”, por todas, STC 112/1996, de 24 de junio.

⁴⁵⁰ Dando lugar, entre otras acciones, al nacimiento del Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales penal y civil para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. (*Vid. Cit.* 906)

⁴⁵¹ En este sentido, *cf.* el quinto párrafo del Preámbulo de la LOGP que recoge que “...al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma.” El Art. 37 de la Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos –Resolución 1984/1947 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas– dice que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Y del mismo cuerpo normativo, el Art. 79 señala que se “velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes”.

salvo que resoluciones judiciales dispongan lo contrario.

El tercer documento aludido implicaba la Instrucción 3/2008, de 6 de marzo del 2008, “Normativa sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios”, derogada posteriormente por la Instrucción 1/2012, de 2 de abril de 2012 –que veremos posteriormente–, con fecha de entrada en vigor el 17 de abril de 2012.

El cuarto documento elaborado por la Secretaría General de II. PP. [en adelante SGIIPP] para la comunicación a la víctima de las salidas de permiso de los internos condenados por este tipo de delito, consiste en un documento dirigido a los directores de los diversos centros penitenciarios, de fecha 16 de abril de 2009. En dicho documento se recoge la creación de un Protocolo de Actuación para todas las salidas de los centros y demás movimientos de los internos condenados por delitos de violencia de género, con la realización automática en el Sistema Informático Penitenciario, cada vez que se registre una de estas salidas, de dos documentos, uno que se enviará por fax a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del lugar donde va a tener lugar el disfrute del permiso del informado, y otro, que se enviará por el mismo medio, e igualmente, para la localidad del disfrute, a las Unidades de Violencia contra la Mujer⁴⁵².

Por ello, el documento en estudio pretende articular un sistema de comunicación que haga más eficaz la colaboración entre las distintas instituciones implicadas al efecto para una mejor protección de las víctimas de este tipo de delincuencia, dejando abierta la posibilidad a la firma de protocolos de actuación coordinada entre los distintos centros penitenciarios, las Unidades contra la Violencia sobre la Mujer de cada provincia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los distintos JVP. Asimismo, crea un modelo unificado para las notificaciones de las salidas de permiso y demás excarcelaciones de este tipo de condenados a las instituciones afectadas, agilizando el descrito con anterioridad, creado por la Instrucción 3/2008, de 6 de marzo.

El quinto y último de los documentos elaborado hasta la fecha por la SGIIPP relativo a protección de las víctimas de delitos de violencia doméstica y de género ante posibles excarcelaciones, si quiera transitorias, de penados por este tipo de delincuencia, es la Instrucción 1/2012, de 2 de abril de 2012 (Asunto: Permisos de salida y salidas programadas. Área de aplicación: Tratamiento), específica para la regulación de permisos de salida, tanto los de carácter ordinario como extraordinario, recogidos en la LOGP, en los Arts. 47 y 48, y en el RP, Arts. 154 a 162, así como de las salidas programadas recogidas en el artículo 114 RP, dejando fuera de su regulación las salidas de fin de semana, propias del régimen abierto.

Para la materialización de la puesta en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las salidas de los internos que cumplen condena por este tipo de delitos, la SGIIPP ha creado en el Sistema de Información Penitenciaria⁴⁵³ (común a todas las oficinas de los centros), tres

⁴⁵² Unidades de Violencia contra la Mujer (UNVIMU) Unidades que tienen atribuidas funciones de apoyo a la protección integral de las víctimas y el seguimiento de las situaciones de violencia de género que tengan lugar en cada provincia, que se recogen en el Catálogo de Medidas Urgentes contra la Violencia de Género, aprobado por Consejo de Ministros del 15 de diciembre de 2006.

⁴⁵³ Base de datos centralizada en la que se introducen datos por los distintos centros penitenciarios, y a los que todos ellos tienen acceso, para la gestión y posterior reproducción dinámica de esos datos.

modelos de impreso estandarizado que recogen todos los datos referidos, de los cuales se envía vía Fax un ejemplar a las tres instituciones referidas, y siempre con una antelación mínima de quince días a la salida, en orden al arbitrio de las medidas que consideren adecuadas para la protección de la víctima.

11.10. La adopción de prisión provisional.

El 28 de octubre de 2003, un año y dos meses antes de dictarse la Ley 1/2004, entró en vigor la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, que reforma la regulación de dicha medida cautelar de carácter personal, e incluye en el texto de la LECrim, en el Art. 503.1.3.c), como uno de los motivos para que pueda dictarse prisión provisional, el hecho de “evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el Art. 173.2 del Código Penal”, si bien, se considera este ámbito muy amplio, dado que los bienes jurídicos de la víctima son múltiples y de muy posible diversa naturaleza⁴⁵⁴. La mención que se hace a las víctimas recogidas en el Art. 173.2 CP, y para los casos en que se esté ante un delito que pueda haberse cometido para con estos sujetos pasivos, recoge el mismo artículo que en estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 del apartado (el límite de la pena máxima igual o superior a dos años), y por tanto, la única limitación que encontrarán los Jueces a la hora del dictado de dicha prisión preventiva en los hechos ocurridos en el ámbito doméstico, será la de verse ante unos hechos que puedan considerarse delito, además de los requisitos exigidos con carácter general; así, los jueces, desde entonces, podrán adoptar prisión preventiva como medida cautelar en los delitos de violencia doméstica.

La Ley 13/2003 reforma asimismo el Art. 544 bis LECrim, que en adelante recogerá que en el caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal (por ejemplo el incumplimiento de la orden de alejamiento adoptada), éste convocará la comparecencia regulada en el Art. 505 LECrim⁴⁵⁵ (primera comparecencia que se efectúa del detenido para adoptar en su caso la prisión provisional), para la adopción de la prisión provisional en los términos del Art. 503 (requisitos concurrentes para el dictado de la prisión provisional⁴⁵⁶), o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

⁴⁵⁴ Según Charco Gómez, “La prisión provisional tiene como fin el evitar la reiteración delictiva, y con ello, posibles futuras agresiones a las víctimas, así como que el imputado pueda atentar contra los bienes jurídicos de las víctimas”. CHARCO GONZÁLEZ, M. L. *Ob. Cit.* La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica: Ley 27/2003, de 31 de julio. En MURZA ESPARZA, J. (Coord.) *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y balance.* 2005. p.

⁴⁵⁵ En este artículo se recoge que “sólo podrá ser acordada la prisión provisional a instancia del Ministerio Fiscal o de una parte acusadora, y que la medida sólo puede acordarse tras la celebración de una audiencia en la que el juez o tribunal haya oído las alegaciones de las partes y hasta tenido en cuenta en su caso las pruebas aportadas”.

⁴⁵⁶ Se recoge un límite mínimo para acordar la prisión provisional: que el máximo de la pena prevista para el hecho imputado supere los dos años de prisión, salvo casos excepcionales que prevé la ley.

En el Art. 544 bis LECrim, se contempla específicamente la posibilidad de la adopción de la medida de prisión provisional en los casos de incumplimiento de la medida acordada por el juez o tribunal, reforzándose su efectividad; no obstante, el hecho de que la sustitución quede condicionada a la discreción judicial⁴⁵⁷, se ha traducido en la práctica en que esta medida queda reservada para las conductas de mayor gravedad, afectando por ello a los procedimientos iniciados por delito, no contemplándose ningún caso en el que el procedimiento lo haya sido por un juicio de faltas.

11.11. Problemática relativa a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 22 de diciembre.

Obviamente, una ley que lleva incluido en su título los términos “Medidas de Protección Integral contra la *Violencia de Género*”⁴⁵⁸ no podía pasar desapercibida (tanto por la propia denominación como por varios de sus contenidos) a críticas en cuanto a su constitucionalidad⁴⁵⁹, habida cuenta de que nos encontramos ante una norma que recoge toda la protección que puede brindar un estado de derecho a un sexo exclusivamente ante las agresiones del otro⁴⁶⁰.

Aún así, la Ley, que ya fue defendida tanto por los poderes públicos, como por la doctrina, fue aprobada por el Parlamento por unanimidad. No obstante, ya antes de su promulgación, el CGPJ se rebeló muy crítico con el ajuste constitucional de la Ley, si bien no se elevó ningún tipo de recurso de inconstitucionalidad ni por los Diputados, ni por los Senadores ni por el Defensor del Pueblo. Con el correr del tiempo, los juzgadores han encontrado motivos suficientes para que sean declarados nulos ciertos preceptos del Código Penal retocados por la Ley en estudio, al atentar –posiblemente–, por razón del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo recogidas en el Art. 14 CE, recibiendo el Tribunal Constitucional varias cuestiones de inconstitucionalidad por contradicción entre la Ley de referencia con la *Carta Magna* y sus principios contenidos de legalidad, igualdad, proporcionalidad e incluso la presunción de inocencia.

⁴⁵⁷ Para Asencio Mellado, “se corre aquí el peligro de, por la inclusión de estándares abiertos que justifiquen la imposición de la privación de libertad sin justificación suficiente, correríamos el riesgo de dejar de contemplar la libertad como la situación prioritaria, por mas que el legislador insista en declaraciones genéricas”. ASENCIO MELLADO, J. M. Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad, *Diario La Ley*, nº 621. 2005.

⁴⁵⁸ Al respecto, se trae que la propia expresión *género* es rechazada por la Real Academia Española en su supuesta denominación de un tipo concreto de violencia cometida por los integrantes de un sexo sobre el los del otro, por considerarla una inadecuada traducción del *gender* anglosajón.

URL:<http://www.ciudademujeres.com/articulos/La-Real-Academia-Espanola> (Consultado: 11-1-2014).

⁴⁵⁹ Por todos, se considera el primer auto en denunciar la posible inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley, el auto 136/2005, de 29 de julio, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Murcia.

⁴⁶⁰ En este sentido, se consideran esclarecedoras las siguientes palabras extraídas del Auto nº 133/2006, del Juzgado de lo Penal nº 3 de las Palmas, de 4 de abril, elevando cuestión de inconstitucionalidad “sobran razones jurídicas para declarar inconstitucional la Ley, sobre todo, si atendemos a que la *igualdad* es un derecho fundamental y que desde la Ilustración, nuestra filosofía jurídica ha definido la igualdad como tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y es que en los casos de violencia doméstica la víctima siempre será la víctima, sea hombre o mujer, y el agresor siempre agresor, sea hombre o mujer, pues el Derecho Penal está para regular las relaciones entre personas, sin distinción de raza, sexo, nación o religión, ya que hoy la diferencia de sexo ni siquiera hace a la familia”.

El principal artículo de la Carta Magna cuya posible vulneración va a estudiarse con relación a la Ley Orgánica 1/2004, será el Art. 14⁴⁶¹, dentro del Título I, Derechos y Deberes Fundamentales, que recoge que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁴⁶². Dicho artículo, en lo que a los efectos aquí traídos se refiere, exige un idéntico tratamiento jurídico ante el mismo hecho cometido⁴⁶³.

En varias de sus sentencias, el Tribunal Constitucional matiza las posibles discriminaciones que una ley, aplicada en un modo meramente literal puede aparentar cometer; así en la STC 57/2005, de 14 marzo, recoge en el FJ tercero que “ conviene comenzar recordando que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad “ante o en la Ley” impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados⁴⁶⁴, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril (F. 9); STC 1/2001, de 15 de enero (FJ. 3); STC 152/2003, de 17 de julio (FJ. 5 c); y STC 193/2004, de 4 de noviembre (FJ.

⁴⁶¹ No obstante, el TC, ya desde un primer momento evitó una interpretación excesivamente literal del Art. 14, ponderando su aplicación ante determinados supuestos, según se comprueba en la STC 216/1991, de 14 de noviembre: “(...) El precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta. La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el Art. 14 supone una modulación de éste último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.

⁴⁶² Un siguiente paso en la persecución de esa igualdad entre mujeres y hombres, y dentro de la misma legislatura fue la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴⁶³ Fuentes Soriano recuerda que “Pese al sólido respaldo que le daba a la Ley el hecho de haber sido aprobada por unanimidad de todo el arco parlamentario, es cierto que frente a la misma se interpusieron 16 cuestiones de inconstitucionalidad, si bien, fundamentadas todas ellas en una misma objeción a la Ley. Así, efectivamente, 16 de los 835 jueces y magistrados que tenían atribuida competencia para su aplicación cuestionaron la constitucionalidad de la norma en un punto concreto: consideraron que la mayor pena con la que se castiga al marido (novio, pareja o ex marido, ex novio o ex pareja) que agrede a su mujer podía vulnerar el derecho a la igualdad que consagra el Art. 14 CE, introduciendo inadmisibles *acciones positivas* en el marco de la legislación penal”. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009, pp. 47-48.

⁴⁶⁴ En este sentido, Curiel López de Arcaute refleja que “La conquista de la igualdad y respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tiene que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización”. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. Últimas modificaciones sociales y legislativas. En *Ob. Cit. Violencia doméstica, aspectos médico-legales* 2006, p. 128.

3)]⁴⁶⁵.

Y en fin, los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sus SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, declarando la constitucionalidad del tratamiento diferenciado de la violencia de género, han supuesto la consolidación de la citada política desarrollada en esta materia durante estos últimos años.

El siguiente precepto de la *Carta Magna* afectado por la Ley en estudio sería el Art. 10.1 (“La dignidad de la persona... es fundamento del orden público y de la paz social”), que recoge el principio de *culpabilidad*, como responsabilidad penal personal del autor. Dicho principio, exigencia que afecta como a ningún otro cuerpo normativo, al Código Penal, podría verse conculcado si se le desposeyera de cualquier fundamento material que justifique las agravaciones previstas “cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor...” y estas se aplicasen de manera automática sin valorar escrupulosamente la situación concurrente en el caso concreto, en cuyo caso nos encontraríamos inmersos en la aplicación de un Derecho Penal de autor, frente al exigible Derecho Penal del hecho en todo Estado de derecho.

Por ello, ante las posibles críticas relativas a considerar *in fine* a la Ley en estudio⁴⁶⁶ como contraria a la igualdad defendida por la *Carta Magna*, debemos manifestar que la igualdad ante la ley entraña un principio jurídico que se deriva del otorgamiento a la persona de unas cualidades esenciales –comunes a todo el género humano– que se traducen en la percepción de la dignidad en sí misma, lo que debe implicar proscripción de toda forma discriminatoria, tanto positiva⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ La STC 59/2008, de 14 de mayo (Cuestión de inconstitucionalidad número 5939/2005, elevada por el Juzgado de la Penal nº 4 de Murcia) en su FJ. 4.b, amplía la posibilidad del amparo de dicha LO a cualquier persona vulnerable que viva en contacto con el autor, ya que “si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión”. Esta misma sentencia, en su FJ 8, defiende la constitucionalidad de la Ley Orgánica. “Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto, del precepto penal ahora cuestionado y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia”.

⁴⁶⁶ El Auto nº 9333/2005, del J. Penal nº 24 de Madrid expresa: “(...) Deben sacarse del Ordenamiento Jurídico aquellas disposiciones legales que, en materia de Derecho Penal, (protección de los bienes jurídicos más relevantes de los ataques más graves a los mismos a través de la sanción penal) protegen más y diferentemente a un sexo, respecto a otro porque el Derecho Penal protege a personas a través de la sanción penal y no a sexos. Es misión del Tribunal Constitucional velar por los derechos y libertades públicas, incluso desenmascarando “formales” formulaciones legales que encubren graves discriminaciones. La Ley Orgánica 1/2004 integral de medidas contra la violencia de género, aprobada conjuntamente en el Parlamento por progresistas y conservadores nace para compensar la discriminación en ciertos ámbitos de la mujer y con toda la buena voluntad que se quiera, cuando entra en el campo del Derecho Penal, sencillamente cae en la discriminación contra los hombres”.

⁴⁶⁷ El autor Rey Martínez define la *discriminación positiva* como aquel “conjunto de medidas que suponen un perjuicio directo para una persona que no es miembro del colectivo discriminado”. REY MARTÍNEZ, F. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. En AA.VV. La discriminación por razón de sexo tras veinticinco años de la Constitución Española. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. 2004. p 90.

como negativa⁴⁶⁸, en la creación, definición y aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Dicho ordenamiento, entendido como conjunto otorgado al ciudadano de un Estado de Derecho en acatamiento al citado principio, estará obligado a procurar no solo una igualdad formal o teórica en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe dirigirse al terreno real, para hacer ésta efectiva mediante reglas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de contrastada inferioridad, no alcanzarían de otra manera el estado correspondiente a su dignidad humana, debiendo prohibirse cualquier tipo de desigualdad de trato considerada injusta.

No obstante las críticas referidas acerca de la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, y sin perjuicio de la legítima intención con la que nace⁴⁶⁹, que no es otra que el asestar el golpe definitivo a la delincuencia de género – término que, por otra parte, la propia Ley acuña, según ya dijimos–, el que suscribe, sin embargo, aporta que esta Ley, en su aspecto punitivo no viene a llenar ninguna laguna, ya que todas las situaciones que pretende agravar se encontraban ya previstas en el propio articulado del Código Penal en su redacción previa a la reforma que la Ley en estudio introdujo, según se comprueba, por ejemplo, en la posibilidad agravatoria prevista en el número 2 del Art. 22 CP, consistente en “ejecutar el hecho (...) con abuso de superioridad (...) que debilite(n) la defensa del ofendido (...)”, y siempre teniendo en cuenta que ya la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre –como se ha visto–, transformó en delito todas las posibles faltas cometidas en el ámbito doméstico, y por ello, se admitía ya la aplicación del agravante citado a aquellas conductas *leves*, ahora delitos, habida cuenta de que la Ley nace con un sentimiento declarado de la defensa de un sexo *mayoritariamente* más débil que aquel del que pretende defenderla.

Por ello, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, al introducir los tipos delictivos que hemos analizado, que recogen de manera específica dicha forma de violencia, y que presuponen en todo caso una superioridad física del varón sobre su compañera⁴⁷⁰, por mor del principio *non*

⁴⁶⁸ Larrauri Pijoán sostiene que “incorporar la variable de género implica analizar cómo ésta produce alteraciones en normas e instituciones (...), y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son idénticos”. LARRAURI PIJOAN, E. Igualdad y violencia de género. Indret 1/2009. p. 10. URL:<http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Consultado: 9-2-2013)

⁴⁶⁹ Para Fuentes Soriano, “nos encontramos ante una Ley de carácter especial que si bien presenta la gran ventaja de tratar de reunir en ella toda la legislación existente hasta el momento sobre la materia a la que se refiere, no podría, en modo alguno, tratar de dar respuesta, *ab initio*, a los múltiples, complejos y variados factores determinantes de la totalidad de expresiones que la violencia de género adopta en nuestra sociedad. En este sentido, si la Ley no es más amplia, no creo que sea, como en alguna ocasión se ha sostenido, por una *falta de valentía del legislador*”. FUENTES SORIANO, O. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p 23.

⁴⁷⁰ Fuentes Soriano recoge cómo, ante la STC 59/2008, de 14 de mayo, que avaló por mayoría la constitucionalidad de la LO 1/2004 –si bien se interpusieron 16 cuestiones de inconstitucionalidad fundamentadas sobre todo en el hecho de la mayor pena con la que se castiga al marido, pareja, novio siempre varón que agrede a su mujer, podía vulnerar el derecho a la igualdad exigido en el Art. 14 CE–, “los votos particulares emitidos por los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Arribas alegan que la Sentencia añade al tipo del Art. 153.1 una coletilla final que convierte el tipo en inconstitucional; los magistrados interpretan que para el pleno, la justificación del mayor desvalor que conllevan esta tipo de acciones del varón contra la mujer reside en una situación de desigualdad o de relación de poder en la que el varón ostenta la posición dominante; así que, en su opinión, cuando no concurren estas situaciones de desigualdad que justifiquen la mayor gravedad y por tanto la imposición de una mayor pena, habrá que interpretar que el precepto es inconstitucional”. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*.

bis in idem, no se admitirá la aplicación de este agravante de abuso de superioridad⁴⁷¹, al suponer un *plus* punitivo, con lo que la Ley ha dejado de tener en cuenta aquellas situaciones en las que realmente el agresor no actúe con el referido despliegue de superioridad sobre la víctima, quedando finalmente beneficiado aquel otro que, sin embargo, sí haga gala de un gran abuso de fortaleza sobre su compañera, al cual se le aplicará una norma que generaliza todas las actuaciones y que sin embargo no consiente esa ulterior agravación que permitía imponer la pena en su mitad superior, según recoge el Art. 66.3º CP.

Una crítica equiparable es la hecha por Morillas Fernández⁴⁷², para el cual, carece de sentido una ley que tenga como cuasi único objeto de estudio la violencia contra el género femenino, personalizado en la esposa, compañera, exesposa y excompañera; para este autor, esto deja entrever una escasa visión del problema de la violencia, en el que no se sabe mirar más allá de la violencia producida en pareja. Sigue opinando el autor que resulta esencial abrir la horquilla en el reconocimiento de derechos asistenciales⁴⁷³ y de protección a la totalidad de víctimas en materia de malos tratos aunque eso lleve consigo eliminar la rúbrica “género” a favor de “violencia familiar”, ya que, una vez se haya alcanzado semejante status, sí cabrá hablar de igualdad⁴⁷⁴.

2009. p. 53.

⁴⁷¹ Queralt Jiménez, J. J., propone crear una “agravante genérica de machismo, al modo de la de racismo o xenofobia, como la existente en el Art. 22.4 del C. Penal”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *La respuesta penal de la LO 1/2004 a la violencia de género*. p. 152.

⁴⁷² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. En JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.). *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 341-342.

⁴⁷³ La propia LO 1/2004 recoge como tales: Art. 18, Derecho a la información, a la asistencia social integral, a la asistencia jurídica gratuita, derechos laborales y a la Seguridad Social, y los relativos a la Función Pública. A ello se añadirían, prestaciones económicas (ayudas sociales), y el acceso a la vivienda y residencias públicas.

⁴⁷⁴ Opinión que sin embargo no comparte Maqueda Abreu, que recoge que la protección penal que la LO 1/2004 brinda a la víctima de malos tratos “dista mucho de ser sexuada, en tanto que incluye a menores, incapaces o ancianos independientemente de su condición sexual. Una vez más, la violencia de género se presenta enmascarada bajo una referencia más amplia que la acaba asimilando a la violencia doméstica”. MAQUEDA ABREU, M. L. *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 8. 2006. p. 2.

URL:RECPC08-02/2006,<http://criminol.ugr.es/recpc> (Consultado 2-4-2013).

PARTE CUARTA: ARMONIZACIÓN DEL TIPO VIGENTE.

12. REGULACIÓN ACTUAL: EL ARTÍCULO 153 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL.

12.1. Redacción actual como resultante de sucesivas reformas.

La redacción del Art. 153 CP, es, por ello, el resultado de todas las reformas analizadas, que, empujadas por una realidad que se imponía⁴⁷⁵ han terminado por perfilar en su actual segundo párrafo una protección a los miembros del núcleo familiar frente a agresiones de algún otro miembro, en una regulación que, intentando ser omnicomprensiva⁴⁷⁶ para cualquier persona ínsita en el seno familiar⁴⁷⁷, no será la última.

El Código Penal de 1995, según vio la luz en el BOE, recogía una primera regulación de éste delito casi reproduciendo el texto del Art. 425⁴⁷⁸ del anterior Código Penal de 1944-1973: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o sobre persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, papilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno 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”.

Dicho artículo, refería los malos tratos al ejercicio de una violencia exclusivamente física, dejando fuera de protección la violencia en su forma psíquica⁴⁷⁹. Incluía en su esfera de protección a los ascendientes e hijos, así como a los hijos del cónyuge o conviviente, siempre que exista con ellos convivencia, y no exclusivamente a aquellos hijos sujetos a la patria potestad, como sí hacía la redacción del Código del 1944-73, con lo que se ampliaba notablemente el círculo de personas protegidas, incluyéndose así situaciones que impliquen un vínculo jurídico formal, o una relación material pero sin formalización jurídica

⁴⁷⁵ Ramón Rivas recoge que “Para alcanzar su finalidad de proteger bienes jurídicos el Derecho Penal recurre a la abstracta previsión de una pena como consecuencia asociada a la comisión de delitos y faltas, adquiriendo fundamental importancia la idea de prevención de conductas que lesionen o pongan en peligro aquellos bienes”. RAMÓN RIVAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 39.

⁴⁷⁶ El elenco de víctimas protegidas comenzó ya con la LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal de 1944-1973, expresándose en el preámbulo de la Ley las razones por las que entra este delito en el Código Penal “salir al paso de la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual”; es decir, se incluyó para dar protección a las personas físicamente más débiles, frente a las agresiones de las personas más fuertes de la familia.

⁴⁷⁷ Para Delgado Martín, “será violento todo acto que, atentando contra la dignidad de otro miembro de la familia o pareja, exceda la forma normal de producirse las relaciones familiares”. DELGADO MARTÍN, J. *La Violencia Doméstica*. Madrid: Colex. 2001. p. 46.

⁴⁷⁸ Refleja Cuenca Sánchez que “Al estar inmerso dentro de los *delitos de lesiones*, el bien jurídico protegido no estaba muy delimitado”, CUENCA SÁNCHEZ, J. C. El nuevo Art. 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación, *Revista La Ley*. nº. 4, 1991. pp: 1.184 y ss.

⁴⁷⁹ Ampliación introducida por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

de la misma⁴⁸⁰.

La violencia debía ser por ello, de índole física⁴⁸¹, quedando fuera del mismo la violencia psíquica, que sería reconducida a los delitos de coacciones, contra la integridad moral o a las amenazas. El tipo exigía asimismo la existencia de la habitualidad⁴⁸², para su apreciación, la jurisprudencia del momento exigía, junto al concurso de varios actos, una relativa proximidad entre ellos, así como una predisposición en el autor a la realización de los mismos⁴⁸³.

En el tipo, se introdujo una frase final que permitía penar a título de concurso de delitos⁴⁸⁴ un delito de malos tratos y cualquier resultado dañino que éste generase: “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causase”.

Si bien la posterior Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal –que afectó únicamente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales regulados en el Título VIII del Libro Segundo–, no modifica dicho artículo, sí amplía las penas recogidas en otro Art., el 57, incluyéndose en el mismo la de prohibición de que el reo vuelva al lugar en el que ha cometido el delito, la de prohibición de aproximación a la víctima o familiares de la misma determinados por el Juez⁴⁸⁵, así como la posibilidad de aplicar estas medidas para los casos de faltas contra las personas, para los casos de delitos de homicidio, *lesiones*, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico; asimismo, en el Libro III se crea la falta del maltrato de obra, en el Art. 617.2: “El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o

⁴⁸⁰ Aclara del Moral García que “La primera redacción del Art. 153 del Código Penal se debía al propósito de abarcar de la forma más precisa posible todas las relaciones que, dentro del grupo familiar (matrimonial o extramatrimonial), se encontraban desprovistas de protección por la posición más débil de la víctima. Aun así, a pesar de dicha voluntad, se quedaron extramuros de protección determinados supuestos que vinieron a ser subsanados por la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre”. DEL MORAL GARCÍA, A. El delito de violencia habitual en el ámbito familiar. En: *Manuales de Formación Continuada del CGPJ. Tomo 3: Delitos contra las personas*. Madrid. CGPJ. 1999. p. 318.

⁴⁸¹ Definida por Castelló Nicás como “cualquier acto agresivo de acometimiento que suponga una intromisión o injerencia en el cuerpo de la víctima, con independencia de las secuelas que ésta produzca, ya sean de grave entidad, constitutivas de un atentado a la integridad física de la persona o de escasa relevancia, con tal de que haya quedado patente el contacto físico agresivo del autor respecto de su víctima”. CASTELLÓ NICÁS, N. Concepto general de violencia de género. En *Ob. Cit.* JIMÉNEZ DÍAZ (Coord.) *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. 2009. p. 73.

⁴⁸² Arias Erive apunta que “para los casos en que no concurriese habitualidad, los hechos constituirían una falta del Art. 617.2º CP”. ARIAS ERIVE, M. J. La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal”, *Revista de Actualidad Penal*, nº 32. 2001. pp: 769 y ss.

⁴⁸³ *Vid.* STS 7414/1996, de 20 de diciembre, que interpreta como habitualidad “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”.

⁴⁸⁴ Posibilidad concursal con otros delitos por cuanto no se exige que exista resultado alguno, al ser delito de mera actividad. Por ello, podrían aplicarse dos penas a un único hecho, lo cual se considera perfectamente criticable por discriminatorio respecto de otros concursos delictuales, habida cuenta de que hubiera sido más sencillo agravar genéricamente este tipo delictual.

⁴⁸⁵ A criterio de Acale Sánchez, “la mera coexistencia de las penas de destierro y de alejamiento pone de manifiesto que necesariamente tienen que tener un sentido distinto”. ACALE SÁNCHEZ, M. Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor. En CEVILLA GARZÓN, D. / FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*. Cadiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cadiz. 2006. p. 101.

multa de diez a treinta días⁴⁸⁶.

La posterior Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de modificación de la LECrim, reforma, ahora sí, el Art. 153 CP, añadiendo los conceptos que se destacan subrayados: “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.”

La versión de la protección de la violencia familiar que aparece en ese momento en el Código Penal de 1995 fue analizada por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS 5178/2000, de 24 de junio, donde se decanta por calificar el bien jurídico que se trata de proteger como el de la familia como unidad de convivencia, y especialmente, la paz familiar⁴⁸⁷: “Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, por que, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física⁴⁸⁸ o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la

⁴⁸⁶ Vid. SAP Asturias, 3246/225, de 29 de noviembre; y 261/2007, de 8 de febrero, en las que en el análisis de este artículo se establece que “por las reformas operadas por la LO 11/2003 y LO 1/2004, es un reflejo literal de la falta de lesiones del art. 617 del Código penal, elevada a la categoría de delito en la violencia doméstica y que, al sistematizarse bajo la rúbrica de las lesiones, es una infracción de esa familia y exige que, como consecuencia de la acción se produzca, naturalísticamente, un menoscabo físico que implique un resultado perceptible en la víctima, de tal manera que si este resultado requiere para su curación una primera asistencia médica, estaríamos ante la falta del art. 617.1 del Código Penal”.

⁴⁸⁷ Si bien Castelló Nicás advertía que “las posiciones doctrinales sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos no convergen en una única dirección ni se pueden sistematizar claramente, por la complejidad y los intereses que confluyen, aunque muchas de ellas coinciden parcialmente y presentan un fondo común, a pesar de su apariencia externa diferenciada”. CASTELLÓ NICÁS, N. Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido. En Morillas Cuevas, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Ed. De Derecho Reunidas. 2002. p. 53.

⁴⁸⁸ Benítez Ortúzar recoge que “la violencia psíquica a los efectos del artículo 153 del C. Penal incluiría todas las tipologías de conducta violentas no abarcables por el concepto de violencia física, es decir, todas las conductas que no impliquen un contacto corporal directo sobre la víctima”. BENÍTEZ ORTUZAR, I. La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica. En *Ob. Cit. Estudios Penales sobre violencia doméstica*. 2002. p. 192.

integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar”.

La modificación amplía en su número los sujetos pasivos, otorgándoles además una mayor protección según veremos a continuación, incluyéndose la conceptualización de la convivencia derivada del matrimonio o de una relación análoga al mismo a aquellos casos en los que de hecho haya desaparecido ya la convivencia o el vínculo matrimonial⁴⁸⁹.

La Ley añade al Código Penal, el concepto de violencia psíquica, protegiendo un bien jurídico consistente, según la STS referida *supra*, en la dignidad de la persona en el seno familiar⁴⁹⁰. No obstante, la ubicación del delito sigue estando en el Título III, de las lesiones, lo que confronta con este nuevo bien jurídico protegido referido, al no tratarse de la mera salud o integridad corporal, bien jurídico que defienden los castigos a las lesiones⁴⁹¹.

Si bien esta polémica, si es cierto que otra, la que implicaba la interpretación del concepto de la habitualidad así como la de los concursos de delitos, quedó resuelta por la reforma. El nuevo artículo incorpora un segundo párrafo, según hemos visto, que ofrece la siguiente solución: habrá habitualidad siempre que haya constancia en el procedimiento de al menos tres actos de agresión física o psíquica anteriores, hayan sido enjuiciados o no, sin que diste entre ellos demasiada lejanía temporal, siendo independiente qué familiar haya sido víctima en un caso u otro de la agresión.

El nuevo –por aquel entonces–, Art. 153 aclara que se llevará a cabo un concurso de delitos propio del Art. 73, entre el delito de maltrato y los concretos actos con los que éste se haya materializado, puesto que la lesión no se encuentra incluida en el tipo, según se recoge en la última línea del primer párrafo del artículo.

Por último, la última de las novedades introducidas, ya apuntada, consistió en la innecesidad de que en el caso del cónyuge o persona unida por análoga relación, subsista la convivencia en el momento en el que tienen lugar los actos violentos⁴⁹², saliéndose al paso de una serie de situaciones que se producían en la práctica y que quedaban fuera del artículo, llevándose dichas conductas a integrar los tipos de coacciones, amenazas, etc., si bien el bien jurídico protegido venía siendo el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante.

⁴⁸⁹ FUENTES SORIANO, O. incluye las relaciones de noviazgo. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 44.

⁴⁹⁰ Magariños Yáñez considera que “verdaderamente, las agresiones verbales y otras presiones semejantes pueden producir en muchas ocasiones un daño mayor que las físicas. Queda, no obstante, en el aire, el enorme problema de la prueba, máxime cuando con frecuencia la agresión psíquica se habrá producido en un entorno doméstico íntimo en el que difícilmente habrá testigos u otros medios que puedan acreditar fehacientemente su comisión”. MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A. *El derecho contra la violencia de género*. Madrid: Montecorvo. 2007. p. 104.

⁴⁹¹ CASTELLÓ NICÁS, N., refleja no obstante, cómo el ejercicio de esa violencia psíquica, a la postre determina, “por un lado un ataque a la salud de la persona (salud psíquica), y consiguientemente un delito de lesiones, y por otro lado, un atentado a la integridad moral de la misma, y por ende, un delito contra la integridad moral”. *Ob. Cit. Concepto general de violencia de género... p. 74*.

⁴⁹² Aranguéz Sánchez exige, para no “extender el tipo penal a situaciones en las que no se justifique esta tutela penal cualificada, que la relación sentimental sin convivencia sea lo suficientemente consistente y estable como para hablar de vínculos personales asimilables al ámbito familiar”. *Ob. Cit. Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido*. En MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. 2002. p. 18.

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 –que ya ha sido objeto de un análisis detallado en todo lo que supuso de novedoso como ley–, en cuanto a lo que se refiere estrictamente al Art. 153, realiza una nueva redacción del mismo⁴⁹³ atinente a lo siguiente; le dio un nuevo contenido, al regular en adelante el maltrato no habitual; las acciones que anteriormente y por no ser de carácter habitual integraban la categoría de falta, pasan a considerarse delitos⁴⁹⁴, siéndolo, a partir de entonces, cualquier agresión, tanto física como psíquica o las amenazas con armas o instrumentos peligrosos, que tenga lugar en el entorno familiar y desaparecen en el Código Penal, las faltas de malos tratos del número 2 de los Arts. 617 y 620, que pasarán a engrosar el Art. 153 en estudio, siempre que estas tengan lugar en el ámbito familiar. Así, el resultado será considerar delito cualquier agresión, cause o no lesión, que tenga lugar en el seno familiar.

La segunda modificación es el paso al Art. 173.2 de los malos tratos habituales, ya que al entenderse que el bien jurídico que protegían no era otro que la integridad moral y el derecho a no ser sometido a tratos degradantes, no tenían cabida lógica en el Título III, de las lesiones, por interpretarse estos últimos como un delito contra la vida o la integridad física o psíquica⁴⁹⁵.

La modificación que nos ocupa, como vemos, la cuarta cronológicamente desde la primera de 1989, se produce en similares términos que las anteriores, en el sentido del incremento de las penas y a la ampliación de los sujetos víctimas potenciales, si bien quedan definitivamente divididas en dos artículos (el Art. 153, en estudio, y el Art. 173.2 que veremos en el siguiente capítulo) las conductas integrantes de la violencia doméstica⁴⁹⁶.

La Ley, por otra parte, añade tanto en el artículo en estudio, como en el Art. 173.2 CP, un segundo párrafo (en el Art. 173.2, al final de su número 2), que contiene cuatro posibilidades agravatorias de las conductas de malos tratos, y malos tratos habituales, al decir que: “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito [para el caso del Art. 173.2, cuando alguno o algunos de los casos de violencia] 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”.

⁴⁹³ Artículo que fue, además, central en la posterior reforma del Código Penal operada por la LO 1/2004.

⁴⁹⁴ Aspecto sobre el que se pronunció expresamente el ATC 233/2004, de 7 de junio, en sentido favorable a su encaje constitucional, siempre que dichas faltas tengan lugar en el ambiente familiar.

⁴⁹⁵ Lo justifica la exposición de motivos de la Ley, al decir que “a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

⁴⁹⁶ En opinión de Canosa Usera, “con la Ley en estudio experimenta la violencia doméstica un sensible refuerzo penal, ya que anteriormente, el Art. 153 sólo protegía de la violencia física, y para los casos de *violencia moral* había que recurrir al Art. 173, exigiéndose además como conditio sin quanon la existencia de habitualidad, y de no concurrir ésta, o tratarse de un hecho aislado, sólo cabía el *consuelo* de encontrar respuesta en el artículo 147 del Código Penal”. CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid: Lex Nova. 2006. p. 97.

Esta suerte de agravaciones específicas para las conductas de violencia familiar no se contemplaban ni en el II Plan integral contra la violencia doméstica de 11 de mayo del 2001, ni en el Plan de lucha contra la delincuencia del 12 de septiembre del 2002, ni en el texto definitivo aprobado por la Comisión de Justicia e Interior, siendo introducidas finalmente durante la tramitación parlamentaria de la Ley, en el plazo de enmiendas abierto ante el Congreso de los Diputados, entre el 21 de marzo y el 5 de mayo del 2003. Las presentes agravaciones específicas son incorporadas en el debate parlamentario por el Grupo Parlamentario Popular, por las enmiendas 129 y 130⁴⁹⁷. El propósito fue el castigar con mayor dureza las conductas del tipo básico, cuando se diese alguna o algunas de estas circunstancias que implican mayor desvalor del bien jurídico protegido, “sin que ello interfiriese en la posibilidad de aplicar las agravantes previstas en el Art. 22 del Código Penal”, presentándose como justificación “la protección del menor que contemple actos de violencia contra su madre⁴⁹⁸, el hecho de que la vivienda es un lugar donde la víctima es especialmente vulnerable si el agresor tiene acceso a él⁴⁹⁹, la mayor peligrosidad del empleo de un arma⁵⁰⁰ y en el caso de la vulneración de una orden de alejamiento⁵⁰¹, realmente sería en la mayoría de los casos un supuesto agravante genérica de reincidencia, si bien pudiera suceder que la orden de alejamiento fuera cautelar, y al haber condena ejecutoria no cabría aplicar la agravante de reincidencia”.

Con todo, no se hace ningún tipo de mención a dichas circunstancias de agravación de las penas del tipo básico en el informe sobre el Anteproyecto de Ley realizado por el CGPJ de 26 de febrero de 2003, ni tampoco en el informe de la FGE sobre el anteproyecto de ley, por ello, teniendo en cuenta cuándo se produce esta incorporación al Art. 153 –que fue, como hemos visto, después de su presentación como proyecto de ley ante el Congreso de los Diputados–, se echaría en falta un pronunciamiento técnico previo al debate parlamentario que hubiese ayudado a una mejor valoración y comprensión de las agravaciones que definitivamente se incluyeron.

Durante la tramitación parlamentaria, no se dieron manifestaciones por los diputados y senadores sobre el subtipo agravado, pasándose así por alto el hecho

⁴⁹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A, número 136-138, de 13 de mayo de 2003.

⁴⁹⁸ A criterio de Ravetllat Ballesté, “Las reiteradas acciones de violencia física desplegadas sobre la mujer en una familia tienen también como víctimas del delito del Art. 153 del Código Penal a los hijos, aun cuando no hubieren recibido golpe alguno, por cuanto no sólo se ve atacada la integridad física de la mujer –Art. 15 CE– sino también la dignidad de la persona –Art. 10 CE–, el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad –Art. 27 CE–, y la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos con independencia de su filiación –Art. 39 CE–”. RAVETLLAT BALLESTÉ, I. Efectos de la violencia de género en la infancia. En *Ob. Cit. Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 156.

⁴⁹⁹ Para este concreto extremo ofrece respuesta la Circular 4/2003 de la FGE, concluyendo que “deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del Art. 153 ó 173 y el delito de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio non bis in idem... en el caso del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el Art 18 CE se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior”.

⁵⁰⁰ Caso habitual de aplicación del concurso real o material, pues el delito de tenencia ilícita de armas es de carácter permanente y se dan bienes jurídicos diferentes, para el delito de tenencia ilícita de armas, el necesario control del Estado sobre el uso de armas y en el delito de violencia de doméstica el plus de antijuridicidad viene deriva del mayor riesgo para la víctima.

⁵⁰¹ Para esta agravación específica, *vid.* SAP Cádiz 314/2009, de 27 de septiembre.

de que dichas circunstancias se encuentran a la vez recogidas en los Arts. 153 y 173.2 CP, sin discutirse la posible inconveniencia al respecto.

12.2. Circunstancias agravatorias recogidas en el segundo párrafo del artículo 153.

Entremos ahora en la valoración de cada una de dichas circunstancias agravantes agregadas en el segundo párrafo del Art. 153 (y segundo párrafo del nº 2 en el Art. 173.2) CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre:

12.2.1. Comisión del hecho en presencia de menores.

Obviamente va a exigirse que el delito sea cometido ante la presencia de un *menor*. No necesariamente deberá ser ante sus ojos, sino que bastará que se encuentre presente y que por ejemplo, escuche la acción⁵⁰². El menor testigo presencial, debe además presentar vinculación con alguno de los sujetos actor o víctima, excluyéndose a aquellos para los cuales el hecho careciese de ese plus emotivo que implica la agravación⁵⁰³.

Sobre la voz menor, en defecto de cualquier aclaración al respecto, deberá entenderse menor de edad en el sentido del Art. 12 CE⁵⁰⁴, siéndolo por tanto las personas que no hayan cumplido los dieciocho años, y digo en defecto de cualquier aclaración, ya que si bien en otros delitos se especifica que la persona debe encontrarse por debajo de una edad concreta⁵⁰⁵, en este caso, al no pronunciarse expresamente el Código Penal, el término deberá entenderse en su sentido genérico.

Igualmente, va a exigirse el conocimiento del autor de la presencia del menor, amparándole al mismo, en el caso contrario, a nuestro juicio, la figura del error del Art. 14 CP.

Con todo, lo que sí es indudable es el daño objetivo y la sensación de profunda inseguridad que causa en el menor⁵⁰⁶, unido por algún tipo de vínculo familiar o asimilable al actor o a la víctima, la contemplación o incluso la escucha de dichas acciones, lo cual va a evidenciar la oportunidad de la inclusión en el artículo de la agravante específica en estudio.

Por ello, la agravación presente se conceptúa como un verdadero atentado a la formación de la personalidad del infante, en cuanto al indudable trauma que supone ver a las personas responsables de su educación, siendo actores o víctimas de un delito como el presente, no obstante lo cual, nos encontraríamos

⁵⁰² La Circular 4/2003, de la FGE, de 30 de diciembre “Sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica”, aclara que basta con que el hecho tenga lugar ante la presencia de un menor.

⁵⁰³ En este sentido se pronuncia asimismo la Circular 4/2003 ya vista, si bien es del tenor contrario la SAP Zaragoza 6/2005, de 18 de enero, que aplicó la agravante a un delito de malos tratos que tuvo lugar en la puerta de un colegio, siendo contemplado por los alumnos, sin que entre los presentes se encontrasen los hijos de autor o víctima.

⁵⁰⁴ El Art. 12 CE establece que “los españoles son mayores de edad a los 18 años”. En el mismo sentido el Art. 315 CC establece que “la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos”. El Art. 1 de la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, dice que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁵⁰⁵ Art. 148.3 CP, “víctima menor de doce años”; o Art. 180.1.3ª CP, “cuando sea menor de trece años”.

⁵⁰⁶ Subijana Zunzunegui califica en este sentido a los menores como poseedores de “una mayor vulnerabilidad”. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. *El Principio de Protección de las Víctimas en el Orden Jurídico Penal*. Granada: Comares. 2006. p. 295.

ante la controversia consistente en entenderse protegido un bien jurídico más próximo al propio del Art. 173.2 –la dignidad de la persona, la necesidad de un ambiente tranquilo en el que poder desenvolverse–, estando sin embargo su atentado situado en un Art., el 153, integrante del Título III, *Las lesiones*, que en esencia protege la salud y la integridad corporal.

Se podría echar de menos en el texto de la agravación una mención a los sujetos incapaces, que sí se citan, sin embargo, como sujetos protegidas por el Art. 173.2, quizá porque el legislador no considerase que la contemplación de los malos tratos en estudio pueda mediatizar la formación de su personalidad adulta.

El daño sufrido por el menor que simplemente contempla o escucha la agresión en su entorno familiar, y las desviaciones que pueden originarse en su personalidad⁵⁰⁷ queda corroborado por el hecho de que una gran mayoría de adultos sujetos activos de agresiones de este tipo, albergan episodios de violencia en sus propias familias de origen, llegando algunos de ellos a haber entendido como normales dichos comportamientos.

12.2.2. Comisión de los hechos utilizando armas.

La segunda de las agravaciones específicas que recoge el párrafo que integra el número tres del Art. 153 CP encuentra su mayor desvalor en la evidente peligrosidad que entraña el realizar cualquier tipo de comportamiento lesivo ayudándose de un arma. Las posibles aclaraciones que se necesitarán en cuanto a la justificación de dicha peligrosidad nos las brindaría el número 1 del Art. 148 del propio Código Penal, que ya anticipa que el empleo de un arma en la comisión de un delito de lesiones es circunstancia que debe ser agravatoria, artículo muy anterior a la entrada –ya analizada–, en el Código de esta agravación específica para los delitos de violencia en el ámbito familiar.

La frase en estudio, con ser breve, posee dos conceptos a analizar, los de “empleo”, y las exigencias en cuanto a las características del arma.

Por empleo, “utilizando”, no debe entenderse el hecho de llegar a causar efectivamente lesión por medio de un arma, sino que va a bastar con el mero porte del arma, es decir, su exhibición ante la víctima durante el tracto del hecho violento, por el carácter de mayor intimidación que ello supone para el sujeto pasivo, a la vez que confiere un mayor peligro potencial a la propia agresión⁵⁰⁸.

Arma será para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua “Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse”. Con todo, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias viene haciendo un uso cada vez más extensivo de este concepto⁵⁰⁹, si bien en general refiriéndose al Art. 148.1 CP –tipo básico de lesiones–, por lo que, a falta de una mayor concreción en el tipo en

⁵⁰⁷ En este sentido, Ravetllat Ballesté, I., nos aclara que “la exposición a la violencia de género en el ámbito doméstico se ha demostrado causante de efectos negativos en la infancia, cualquiera que sea la edad de los niños que la padecen”. RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *Ob. Cit.* Efectos de la violencia de género en la infancia”. En *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 755.

⁵⁰⁸ *Vid.* SSTS relativas al uso de armas: 2202/1993, de 31 de marzo, y 5881/1999, de 28 de septiembre. Sin embargo, la STS 1202/2003, de 22 de septiembre, acogiendo el criterio de las SSTS 22/2001, de 25 de abril y 1667/2002, de 16 de octubre, descarta la posibilidad de la agravación automática en todos los casos en los que se emplee un arma con fines intimidativos, en los que el actor se limite a exhibirla. Por ello, lo determinante no será el mero instrumento, sino el **uso** que el autor haga del mismo.

⁵⁰⁹ *Vid.* STS 3371/2003, de 19 de mayo, y 1327/2003, de 13 de octubre.

estudio, debemos aceptar tales acepciones para la apreciación de la agravante que se trata, entendiéndose por tal, toda aquella susceptible de causar un mal de mayores consecuencias, y capaz de generar en la víctima una mayor sensación de sentirse intimidada, concediendo así una elevación del injusto de la conducta del actor derivada de una mayor peligrosidad potencial de la acción. En ellas, debemos incluir tanto las de fuego, como las armas blancas.

Comparando el tipo agravatorio que vemos recogido en el tercer párrafo del Art. 153, con el referido del Art. 148.1, (y asimismo Arts. 180.1.5ª y 242 CP), generador de la mayor jurisprudencia sobre la definición de arma⁵¹⁰, según hemos visto, y ubicado igualmente en el Título III, de las lesiones, extraña la omisión que hace el Art. 153 en cuanto a “la utilización de armas, *instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica...*”. Se concluye que todo lo afirmado podría hacerse extensivo a esta segunda relación de objetos, en todo caso susceptibles de causar un mal mayor y de intimidar en mayor medida a la víctima, por lo que no se alcanza a comprender, tanto la omisión descrita, como el hecho de que en posteriores reformas del Código (LO 15/2003; LO 1/2004 –dos de las que hemos visto con mayor profundidad en el presente trabajo–, así como en la LO 5/2010), no se haya subsanado dicho silencio.

Para muchos de los casos de empleo de arma, cuando ésta se trate de arma de fuego y se carezca de licencia y guía de pertenencia de la misma, podría incurrirse a la vez en el delito recogido en el artículo 563⁵¹¹, aplicándose en este caso el precepto recogido en el Art. 77.1 CP.

12.2.3. Perpetración del delito en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.

En orden a la resolución de la cuestión sobre qué debemos entender por domicilio, utilizando la interpretación lógico-sistemática, –aquella basada en el principio de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, la cual trata de determinar el sentido objetivo del texto legal atendiendo a la ubicación de la norma dentro de la ley y a su relación con las demás normas–, encontramos la interpretación auténtica –la que lleva a cabo el propio legislador precisando el significado de los términos empleados–, de domicilio (*morada*), en los Arts. 241.2 CP, referido al robo en casa habitada y Art. 202 CP⁵¹², relativo al tipo del allanamiento de morada⁵¹³.

Al decir el tipo en estudio que el delito será agravado si tiene lugar “en el domicilio común o en el domicilio de la víctima”, obviamente se van a admitir

⁵¹⁰ SSTS 975/2003, de 1 de julio, y 1327/2003, de 13 de octubre. Se exige que el arma utilizada no sólo sea susceptible de causar más daño, sino que concretamente lo sea en cada caso [STS 58/2004, de 26 de enero (que cita la STS 1789/2001, de 4 de octubre)]. La STS 104/2004, de 30 de enero, concluye que es preciso que se trate de un arma objetivamente peligrosa por su capacidad lesiva, y que además haya sido utilizada de forma concretamente peligrosa en el caso concreto.

⁵¹¹ *Vid.* al respecto, para ampliación de este concepto el Art. 2 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. [BOE de 5 de marzo de 1993 (nº 55/93)].

⁵¹² El CC define en el Art. 40: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual...”

⁵¹³ La STS 3964/1979, de 18 de mayo, aclara que morada es “el lugar destinado a la habitación de una persona, lugar cerrado donde se reside y se satisfacen las condiciones de vida íntima del hogar familiar, al cual no se puede acceder, ni contra la voluntad del morador, ni por fuerza, ni por intimidación”.

ambas posibilidades espaciales, lo que sale al paso de la novedad ya estudiada, introducida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, de ampliar el delito de violencia familiar a aquellas personas que mantengan o hayan mantenido una relación de afectividad, por lo que no será ya necesario que subsista la convivencia para poder reconducir el hecho a este concreto tipo de delincuencia. Esta circunstancia, la de poderse apreciar este delito en un caso de ruptura de la convivencia, dentro de una situación de ruptura familiar estandarizada, se traducirá en la residencia de la víctima en un nuevo domicilio, lo que daría lugar al mantenimiento de la agravante específica de referencia; ahora bien, el tenor literal del artículo no permitiría su aplicación para los casos en que, el antes domicilio común, y ahora escenario de los hechos, sea exclusivamente la morada del sujeto activo.

Dicha agravante encuentra su lógica en la propia definición de este tipo concreto de delincuencia, la *doméstica*, término que significa que en la mayoría de los casos, estos hechos violentos van a tener lugar en dicha sede, lo cual, desde otro punto de vista podría considerarse la sobrepenalización de un hecho que se produce en el lugar en el que necesariamente debe producirse; ello sería como aumentar la pena en el delito de robo en casa habitada cuando éste tuviese lugar en domicilio ajeno; no obstante, de alguna manera debería incrementarse la condena cuando el hecho, pudiendo haberse realizado extramuros del hogar, se produce sin embargo en el lugar en el que el ser humano debería hallar las más altas cotas de protección, donde debería sentir la mayor seguridad y que pudiese interpretar como el dotado de mayor defensa frente a agresiones exteriores, generándose con la aparición en tal espacio de estas agresiones, una mayor sensación de indefensión⁵¹⁴.

Al igual que hemos anotado la posibilidad del concurso ideal con el delito de tenencia ilícita de armas en el apartado anterior relativo al empleo de armas, en este tercer caso, la posible concurrencia lo será con el delito de allanamiento de morada, del citado Art. 202 CP. Dicha posibilidad será apreciable, obviamente, en el segundo de los casos, cuando el domicilio lo sea exclusivamente de la víctima, para casos de ruptura constatable de la convivencia, dándose así los requisitos para tal apreciación, la cual exige: dos delitos diferenciados, que tengan lugar con la comisión de una única acción –los actos violentos en el domicilio de la víctima–, y lesionen dos bienes jurídicos autónomos, cuales serían en el tipo del Art. 202 CP la inviolabilidad del domicilio⁵¹⁵, y en el del Art. 153.3 CP, la salud o la integridad física de la víctima.

⁵¹⁴ La SAP Valladolid 419/2005, de 12 de abril, justifica que la agravación por la realización del hecho en el domicilio de la víctima se basa en que en tal sede, se facilita la comisión, y se quebranta la paz familiar.

⁵¹⁵ Para Alonso de Escamilla, el bien jurídico lesionado sería la protección de la intimidad. ALONSO DE ESCAMILLA, A. En LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Colex. 2011. p. 208. Para Gómez Tomillo, M, citando las STS Italiano 56/73 y STS 231/88, de 2 de diciembre, sería la intimidad personal. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova. 2010. p. 816.

12.2.4. Que los malos tratos en el ámbito familiar se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el Art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Las penas recogidas en el Art. 48 CP, cuyo quebrantamiento agravará el delito de malos tratos son: La privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos; la prohibición de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares o persona que determine el juez; y la prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o con cualquier familiar o persona que igualmente el juez determine⁵¹⁶. Quedando por ello fuera de la regulación cualquier tipo de medida penal de distinta naturaleza.

La medida quebrantada debe haber sido impuesta con carácter previo por Juez o Tribunal en sentencia que adquiriera posteriormente firmeza, cuando se trate de penas⁵¹⁷, y para el caso de tratarse de medida cautelar, en auto en que así se acuerde, que será siempre susceptible de recurso de reforma o apelación.

El hecho de que la sentencia en la que se hubiese impuesto la pena de prohibición del Art. 48 CP, deba ser ya firme, plantea el problema consistente en la posibilidad de que se quebrante dicha medida en el tracto en el que la sentencia, siendo definitiva, no sea aún firme; en este caso, no podría aplicarse la agravación en estudio; no obstante, en la práctica, y según se ha visto en el número 10 de la parte tercera de esta investigación, dedicado expresamente al análisis de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, lo más habitual es que los órganos judiciales, ante casos de violencia doméstica, hayan dictado una medida cautelar o de seguridad por la vía del Art. 544 ter LECrim, con lo que la agravante en estudio sí tendría lugar, ya que, en este caso, aunque no se haya quebrantado una pena declarada firme, sí se estaría quebrantando una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, las cuales mantienen su vigencia hasta que la sentencia cobre firmeza.

En idénticos términos que para los casos anteriores, vamos a analizar en este cuarto supuesto el posible concurso entre la agravación consistente en realizar el hecho quebrantando una pena de las contempladas en el Art. 48 CP, y el delito de quebrantamiento de condena recogido en Art. 468.2 del Capítulo VIII del Título XX del Libro II del Código Penal, párrafo modificado por las Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y más recientemente, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El texto definitivo dice: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el Art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el Art. 173.2 CP, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”. Ya que, en estos

⁵¹⁶ Artículo que, como sabemos ha sido modificado por las tres leyes orgánicas estudiadas con anterioridad, la LO 11/99, que incluyó la pena de prohibición de acercamiento, la LO 14/99 y la LO 15/2003. Tras la vigencia de la Ley 27/2003, igualmente analizada, dichas cláusulas se contemplan como medida cautelar en los Arts. 13, 544 bis y 544 ter LECrim.

⁵¹⁷ La SAP Asturias 947/2005, de 4 de abril, sostiene que para que se aprecie dicho quebrantamiento, es irrelevante el consentimiento de la víctima. Opinión contraria mantiene la SAP Murcia 1104/2006, de 12 de junio, para la cual, el reinicio voluntario de la convivencia aclara la intención de la víctima y hace desaparecer por ello las circunstancias en que la decisión judicial tuvo lugar, haciendo desaparecer por ello la medida de alejamiento.

casos, tendríamos la posible doble infracción penal siguiente: el cometer un delito de maltrato contra víctima incluida en el seno familiar, incurriéndose en la agravante específica de referencia, Art. 153.3 si se comete quebrantando una de las penas recogidas en el Art. 48 CP, y el propio acto del quebrantamiento de dicha medida, en los términos del Art. 468.2 CP. La solución al posible concurso, y con ello, la posible vulneración o no del principio *non bis in idem* nos la ofrece la Circular 3/2003, de 30 de diciembre⁵¹⁸. Resolviendo la posible conculcación del *non bis in idem* en los términos del principio de especialidad del Art. 8.1 CP (los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los Arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general)⁵¹⁹.

12.2.5. Problemática relativa al aumento en la punición operada por la L O 11/2003.

Tras el análisis de las agravaciones específicas vistas, abordemos la problemática relativa al aumento en la punición de las conductas objeto de este trabajo operada por la Ley Orgánica 11/2003, la cual fue ya objeto de estudio por el Tribunal Constitucional⁵²⁰.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, una pena no atentará contra el principio de proporcionalidad siempre que ésta:

- Sea necesaria para proteger un bien jurídico de capital importancia social.
- Sea idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección esperada.
- Sea proporcional entre la gravedad del delito y la propia cuantía de la pena.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que las modificaciones punitivas introducidas en el artículo en estudio por la Ley Orgánica 11/2003 respetan la norma constitucional, ya que:

⁵¹⁸ “Sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección”, que la resuelve en estos términos: “Debe sostenerse que el subtipo agravado de los Arts. 153 ó 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 ó 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1). En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito cometido con ocasión de dicho quebrantamiento. Hay base para ello en el Art. 17.5 de la LECrim, siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al juez que acordó la medida incumplida valorar la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada”. Circulares de la Fiscalía. nº. 3/2003, de 18 de diciembre. Protocolo elaborado por la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección.

⁵¹⁹ Aun así, la SAP Tarragona 546/2008, de 8 de abril, sostiene que “en relación con el quebrantamiento de la medida de protección, esta calificación presenta el problema de su tipificación como delito autónomo en el artículo 468. Por ello, no podría sostenerse la doble punición, por violación del principio *ne bis in idem* entre el delito del artículo 153 y el del 468.2”.

⁵²⁰ El ATC 332/2005, de 13 de septiembre, se expresó en estos términos: “Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.

- La violencia doméstica representa en España un problema de primera magnitud⁵²¹.

- Por la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como por su estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona, el derecho a la integridad física y moral, o también y entre otros, la protección de la familia.

- En orden a cuestionar la necesidad o no de la pena de prisión para el concreto caso estudiado, el necesario reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable cuando las medidas alternativas sean de menor entidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada; en este caso cabría inaplicarse la norma en cuestión, ya que lo contrario supondría que el tribunal sentenciador se estaría auto atribuyendo la labor del legislador, el cual es el que posee en exclusiva de la potestad de configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar, y las penas con las que pretende conseguirlo.

- La pena privativa de libertad no figura en el artículo como la única a imponer, pudiendo por igual la conducta ser sancionada con la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad –de treinta y uno a ochenta días–⁵²², lo que permite, en su caso al juzgador un ajuste final adecuado a la gravedad de la conducta realizada.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional aclara en relación al artículo, que en materia de malos tratos no jugará el límite del Art. 503.1 LECrim –artículo que reforma–, que exige que el delito en cuestión venga castigado con pena privativa de libertad igual o superior a dos años, siempre que existan antecedentes por delito doloso, no cancelados. Así, podrá decretarse respecto de él prisión provisional si existe riesgo de agresión contra los bienes jurídicos de la víctima.

⁵²¹ Expresa CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. que “la violencia doméstica es la primera causa de muerte violenta homicida”. Maltrato y suicidio. *Ob. Cit. Violencia Doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 88. El mismo autor cita en p. 93 que “en la macroencuesta del Instituto de la Mujer del año 2000 sobre violencia contra las mujeres, se estimó que más de dos millones de mujeres en España se encontraban en una situación objetiva de violencia familiar y que más de millón y medio en situación objetiva de violencia de pareja. Los casos en que aparecían indicadores débiles de situación de sometimiento eran más”.

⁵²² Los trabajos en beneficio de la comunidad constituyen una de las novedades del vigente CP; como es sabido, con esta pena, alternativa a la privación de libertad, y de aceptación voluntaria por el condenado, se pretende evitar el efecto desocializador que implican las penas privativas de libertad, e intentar que a quien se le impone pueda reparar el daño causado a la sociedad. Colmenero Menéndez de Lurca les asigna el valor de “colaborar, sin retribución, en actividades de utilidad pública que serán realizadas por la Administración, en entidades de utilidad pública o en asociaciones de interés general, y que deberá facilitar la Administración”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la Reforma operada por la Ley 15/2003. En *Las penas y sus alternativas, Cuadernos de Derecho Judicial IV*, 175-212. 2007. pp. 506-507.

12.3. Redacción final del artículo: Diversidad de comportamientos incluidos.

Entramos en el análisis de la redacción definitiva del Art. 153 CP, tal y como queda tras su última reforma, la operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que al igual que las Leyes Orgánicas 11/2003, la 15/2003 y la 27/2003, han sido ya objeto de análisis en capítulos específicos, refiriéndonos aquí a lo que concierne exclusivamente al tipo del Art. 153 CP. La Ley 1/2004, evitó no obstante modificar el Art. 173 CP, según veremos en el capítulo dedicado a este segundo artículo. El actual Art. 153.2, encuadrado ya dentro del Título III del Libro II del Código Penal, recoge definitivamente los menoscabos psíquicos o las lesiones no definidas como delito en los artículos anteriores (147 a 152), siempre que éstas hayan sido cometidas en el entorno familiar, según veremos más adelante.

Siendo la realidad social la que ha indicado al legislador la redacción actual de este artículo, en el cual la esencia es la cualidad del autor y de la víctima, se descubre enseguida que lo más destacable es la diversidad de comportamientos que integran la acción típica, varios de ellos a duras penas equiparables entre sí, y alguno de los mismos, sorprendentemente incluido en un título rubricado “De las lesiones”; con ello, quiere decirse que realmente existen sensibles diferencias entre un menoscabo psíquico, una lesión no definida como delito o un maltrato de obra sin lesión⁵²³, ya que es obvio que en el caso del menoscabo psíquico –si bien de igual manera en los demás–, se lesiona en gran medida aspectos como la dignidad personal y la integridad moral⁵²⁴, aspectos que no encuentran fácil acomodo en los delitos de lesiones⁵²⁵.

También merece señalarse que el castigo seleccionado sea la pena privativa de derechos y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (aunque ésta, en modo alternativo a la prisión, al objeto de no incurrir en la vieja pena de los trabajos forzados, situación proscrita en el Art. 25.2 CE). Se agravan las penas –mitad superior– en varios casos, algunos de los cuales pueden considerarse como paradigmáticos de esta clase de delincuencia, según hemos visto (hechos cometidos en presencia de menores, en el domicilio común o en el de la víctima), lo que va a producir el extraño efecto de aplicar quizás con mayor

⁵²³ Para RAMÓN RIBAS, E. no resulta congruente “la mención de los menoscabos psíquicos junto a las lesiones, ya que los primeros se encuentran comprendidos en las segundas”. *Ob. Cit. Violencia de género y violencia doméstica*. 2008. p. 159.

⁵²⁴ Expresa FUENTES SORIANO, O. que “no sólo afectan la salud física o psíquica de la víctima y al normal desarrollo de la persona en el seno de esa relación afectiva, sino que, además, fundándose en la posición de dominio absoluto del varón, van destinadas a lograr la sumisión de la mujer. En esta situación, las consecuencias -que pasan por una total anulación de su personalidad- repercuten no sólo en su comportamiento, sino también en el desarrollo de su personalidad, dejándose, así, sentir en todas las facetas vitales”. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 45.

⁵²⁵ En este sentido, Curiel López de Arcaute sostiene que “como efectos de la violencia a corto plazo debemos destacar la imposición del criterio del agresor y el refuerzo positivo del mismo, a medio plazo el control y la sumisión a su voluntad y deseos y a largo plazo la victimización, dejando la convivencia familiar alterada por completo, con consecuencias físicas y psíquicas para la mujer, hijos y personas próximas (consecuencias directas e indirectas). Las consecuencias para la salud son múltiples y en ocasiones se ha utilizado como indicador mixto la pérdida de años de vida saludable (AVISA). El 60 % de las mujeres maltratadas tienen trastornos psicológicos moderados o graves”. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. Maltrato y suicidio. En *Ob. Cit. Violencia Doméstica. Aspectos médico-legales*. 2006. p. 94.

frecuencia la modalidad agravada que la básica.

Otro aspecto novedoso será la desaparición que opera la Ley en el artículo, del extremo concreto “(...) amenazare a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos”, que llevará al Art. 171.5, dentro del Capítulo de las amenazas.

Si bien el artículo es innovador, como ya sabemos, su texto se hizo trasladando al número 2, el texto del párrafo primero del anterior Art. 153, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, entrañando la novedad la creación del número primero, exclusivo para víctima mujer o persona especialmente vulnerable; no obstante, como hemos visto, anteriormente, el precepto había sido ya modificado 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. Esta segunda Ley, propuesta por el entonces Gobierno del Partido Popular y aprobada de forma unánime fue ya en su momento criticada; se le plantearon dos cuestiones de inconstitucionalidad por motivo de la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que el legislador asignó una pena de prisión a la comisión de hechos leves (menoscabo psíquico, maltrato de obra y lesiones que requieren únicamente una primera asistencia facultativa), que sin embargo el Tribunal Constitucional rechazó por infundadas. Con todo, esta ley no despertó tanta polémica como la Ley Orgánica 1/2004, según ya hemos visto. El hecho de que esta segunda Ley Orgánica fuese promulgada muy poco tiempo después –el 29 de junio de 2005–, antes de que la doctrina o el propio Tribunal Supremo hubiesen tenido tiempo suficiente para hacer valoraciones sobre la 11/2003, y el hecho de que la segunda mantuviese la conceptualización de los malos tratos en el ámbito familiar como delito siempre, consiguió que toda la polémica –según se ha analizado–, se residenciase en la Ley Orgánica 1/2004. No obstante, si bien es cierto que las conductas a cometer son similares en el primer y segundo apartados del artículo, sin embargo encontramos la peculiaridad de que en el primero, la víctima va a ser *quien sea o haya sido* esposa o mujer que está o haya estado ligada al autor por relación de afectividad análoga, o persona especialmente vulnerable que *conviva* con el autor. En el primer caso, se observa que la convivencia puede considerarse terminada, y sin embargo apreciarse el delito; en el segundo caso, el que atañe a persona especialmente vulnerable, se exigirá convivencia vigente en el momento de los hechos.

Llama asimismo la atención los distintos términos en los que se expresa el Código en las redacciones que se hacen en el primer y segundo apartados del Art. 153 que analizamos, en cuanto al *sexo* de los sujetos activo y pasivo⁵²⁶; si bien en el primero se expresa el legislador calificando al sujeto pasivo como “esposa o mujer que esté o haya estado ligada...”⁵²⁷, no se hace explicitación ninguna relativa al sexo de la víctima en el apartado segundo⁵²⁸, todo lo cual lleva a

⁵²⁶ Vid. MATA y MARTÍN, R. Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género. En *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Valladolid: Lex Nova. 2009. p. 120.

⁵²⁷ Ante esta segunda expresión cabe decir que la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, reguladora de la adopción, ya identifica la relación “*more uxorio* como la relación de un hombre y una mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

⁵²⁸ Gutiérrez Romero, aclara que “el objeto de la Ley Orgánica 1/2004, no es otro que el de proteger a la

pensar que sólo en el segundo caso entraría la posibilidad de una víctima varón, maltratada por actor femenino⁵²⁹ en una relación en la que la convivencia incluso este ya finalizada, y por ende, dicha situación podría hacerse extensiva a las relaciones de tipo homosexual.

12.3.1. Matrimonios homosexuales.

No obstante, llegados a este punto se hace necesaria la consideración siguiente en cuanto a esta última posibilidad; si bien en el primer número, como acabamos de ver, se exige que, para los casos de fin de la convivencia, la víctima “sea o haya sido esposa o mujer(...)”⁵³⁰, actualmente, y a raíz del hecho del matrimonio homosexual, aprobado por Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificaba el Código Civil para posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵³¹, tales calificativos *podrían* asignarse a la víctima de un matrimonio entre dos mujeres, pero no así entre dos cónyuges varones⁵³²; no obstante, de admitirse tal posibilidad⁵³³, podría darse la consecuencia de que en un matrimonio entre mujeres, y ante un caso de maltrato de una sobre la otra, podría llevarse la conducta a este primer párrafo, y castigarse por ello con una pena de prisión de seis meses a una año, y sin embargo, para el caso de un matrimonio entre hombres, no cabría sino ubicar el caso, si bien, de las mismas características, en el segundo apartado (“Si la víctima del delito...”), y obtener una condena menor,

mujer como persona más débil en su relación con los hombres, dejando a un lado otros sujetos pasivos igualmente débiles, como pueden ser los hijos menores o los ascendientes que convivan en la unidad familiar, para cuya protección tendremos que acudir a los artículos 153 y 173.2 del C. Penal”. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*. Barcelona: Bosch. 2010. p. 10.

⁵²⁹ Lo cual lleva a FUENTES SORIANO, O. a afirmar que “La Ley Integral contra la Violencia de Género, no es en puridad sólo de género. Para que la Ley pudiera salir del Parlamento con el mayor consenso posible, como producto de las enmiendas transaccionales presentadas durante su tramitación y a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, se introdujo en el artículo 153.1 la posibilidad de que la agresión se dirigiera también contra personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. La agresión frente a sujetos vulnerables podrá provenir de un hombre o de una mujer, y en ambos casos tendrá la misma pena. En ello, el legislador desconociendo qué es la violencia de género, confundió los supuestos que una Ley de medidas de protección contra la misma debe observar”. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. 2009. p. 50.

⁵³⁰ El artículo continúa diciendo “(...) que esté o haya estado ligada a él por una relación aún sin convivencia”; esta última expresión es novedad de la Ley 11/2003, y sale al paso de la multitud de formas en las que puede darse una relación entre hombre y mujer.

⁵³¹ Y como consecuencia de esto, otros derechos como la adopción conjunta, herencia y pensión. Publicada en el BOE el 2 de julio de 2005, con fecha de entrada en vigor al día siguiente.

⁵³² En este sentido, se recuerda que la STS 70/1995, de 11 de mayo, aclaratoria del Art. 425, restringía la aplicación del tipo a las parejas de distinto sexo. Avanzando en el concepto, la Circular 4/2005 de la FGE ya las incluía, a los efectos de tutela penal del apartado 2 del Art. 153. Y así lo expresaba al concluir que: “asimismo, la dicción legal del Art. 1, LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales”.

⁵³³ La Instrucción 2/2005 de la FGE, “Sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género” con ocasión de analizar los presupuestos que deben concurrir para entender acreditada la condición de víctima de violencia sobre la mujer, exigía que uno de ellos “*que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia*”. Abundando en ello, Camarero Benito concluye que “estamos delante de un delito especial que sólo puede cometer el hombre contra la mujer”. CAMARERO BENITO, S. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII. 2005. p. 3.

la que va de tres meses a un año. Como tal situación no podría ser permitida por inconstitucional –vulneración del Art. 14 de la norma fundamental–, únicamente queda el camino descrito *ut supra*, de ubicar las relaciones homosexuales en el segundo apartado del artículo, reservándose esa mayor penalidad recogida en el primer párrafo para el caso de víctima mujer y actor varón, aún sin convivencia, sujetos merecedores, dada la realidad circundante, de una mayor protección, en una idea que siempre ha tenido muy clara el legislador de 2004⁵³⁴.

12.3.2. Aumento de la penalidad.

En el artículo en análisis también se ha incrementado de manera coherente y proporcionada, su penalidad, y se han incluido todas las conductas imaginables que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones del Art. 617, cuando se cometen en el ámbito doméstico, (y por ello, el maltrato de obra sin lesión que se produzca sobre la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por relación análoga al matrimonio, aún sin convivencia, o sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), pasarán a considerarse delitos⁵³⁵, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión (de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad), ajustándose así técnicamente la falta regulada en el citado Art. 617 CP⁵³⁶.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas⁵³⁷ y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador

⁵³⁴ En este sentido, la STS 1068/2009, de 4 de noviembre, estima el recurso interpuesto por el condenado por un delito del Art. 171.4 CP, por amenazas a su pareja homosexual, argumentando que entre actor y víctima existía una relación de “pareja conviviente, siendo en aquel momento compañeros sentimentales”. El Tribunal Supremo casa la sentencia, absolviendo al recurrente y condenándole por una falta de amenazas del Art. 620 CP, por motivo de que: “ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo”.

⁵³⁵ *Id.* CORTÉS BECHIARELLI, E., Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre: Propuestas de interpretación. En AA.VV. *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 245.

⁵³⁶ En este sentido, el ATC 233/2004, de 7 de junio, resolviendo Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, analiza en el FJ 4, la posible vulneración del principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción al castigarse como delito lo que constituiría una falta, en aras de la cualidad del sujeto pasivo, imponiendo pena de prisión, que entiende claramente desproporcionada a la luz del Art. 25.1 CE, en relación con el derecho a la libertad personal, recogido en el Art. 17 CE, al ser muy superior a la correspondiente a la misma conducta realizada sobre distinto sujeto pasivo. El Tribunal Constitucional, en dicho FJ afirma la “proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no están constitucionalmente proscritos, ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentadamente apta para dicha persecución, debiendo indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado”.

⁵³⁷ Recoge Magro Servet que “La LO 1/2004, en su exposición de motivos ampliaba ya la duración máxima de esta pena de 10 a quince años. En los Arts. 153 y 173.2, modificados por dicha Ley, se

acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El paso referido del texto del anterior Art. 153 primer párrafo, al nuevo texto del actual Art. 153 CP, operado por ésta Ley, se hizo, no obstante, añadiendo cambios en cuanto a ampliar el número y la calidad de las víctimas potenciales del delito, y así, lejos de reproducir el listado referido en el Art. 173.2, a estos se añaden la esposa, exesposa, mujer que conviva o haya convivido con el autor en situación análoga⁵³⁸ y el caso de la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor⁵³⁹, todos ellos, protegidos en el nuevo primer apartado, reservándose el segundo para las *demás* víctimas referidas en el Art. 173.2 CP. Es por ello, que este primer número, al final, crea una pena agravada para el caso de que el sujeto pasivo sea la mujer o pareja conviviente con el autor, concreto aspecto que despertó la gran polémica a la que ya nos hemos referido. Esta ampliación significa además la entrada a la consideración de posible víctima del marido o conviviente de género masculino, si bien la pena va a ser menor para el caso de mujer agresora que la que corresponde al agresor varón, ya que la primera posibilidad, recogida en el segundo número del artículo, contempla una pena de prisión de tres meses a un año, y para el caso del agresor varón, la pena, reflejada en el primer párrafo del artículo, es de seis meses a un año, en cuanto a la privativa de libertad, si bien la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es la misma, la de treinta y uno a ochenta días⁵⁴⁰. La siguiente novedad introducida consiste en el propio aumento de las penas, las cuales, antes del 2004 eran, en cuanto a la de prisión, de tres meses a un año, y en cuanto a la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, por tiempo de seis meses a tres años, pasando a convertirse, como sabemos, en prisión de seis meses a un año, para el caso visto, y para la privativa de los derechos, de hasta cinco años.

El apartado tercero recoge la posibilidad, ya analizada, del incremento de la pena, que se impondrá en su mitad superior para el caso de que las conductas

establece que en caso de comisión de dichos delitos, se aplica, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años. –*vid.* Art. 2 de la LO-, y el caso del Art. 173.2, de dos a cinco”. MAGRO SERVET, V. *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que ejerce sobre las mujeres*. 1ª ed. Madrid: La Ley. 2005. p. 277.

⁵³⁸ Un estudio sobre situación *asimilable* a la del matrimonio: EZQUERRA UBERO, J. J. / LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las Autonomías*. San Sebastián: Ed. Nerea S. A. 2007. pp. 45 y ss.

⁵³⁹ Art. 1, LO 1/2004.

⁵⁴⁰ No comparte esta opinión Queralt Jiménez, quien a la hora de definir el sujeto activo del delito, apunta que “el tipo contiene *dos variedades*; la *primera* viene referida a persona ligadas por vínculos, de hecho o de derecho, es decir, familiares lato sensu. Estamos, pues, ante otro *delito especial impropio* que el Código Penal de forma jeroglífica remite a un artículo posterior, excluyendo a los acabados de mencionar en el Art. 153.1; así, se dan los siguientes grupos de autores: 1. Los abuelos, padres, hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad (suegra/o, nuera/yerno, cuñada/o). 2. Tutor, curador, acogedor o guardador de hecho de menores o incapaces provenientes de la pareja o ex pareja, mientras convivan con el autor; y miembro de familia que ampare a un tercero en su seno. La *segunda variante* se refiere a determinados sujetos (las personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados); por tanto el autor puede ser cualquiera, incluidos sus cuidadores; en esta modalidad la autoría sería la de un delito común. Sujeto pasivo serían los correlativos o sujetos a dichas figuras y los que, por su especial vulnerabilidad, se encuentre en centros de guarda o custodia públicos o privados”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Ob. Cit. Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2010. p. 140.

descritas en los dos primeros párrafos se realicen en presencia de menores⁵⁴¹, con empleo de armas, en el domicilio común de actor y víctima o quebrantando una pena de las recogidas en el artículo 48 o una medida de seguridad de los Arts. 95 y siguientes del Código Penal. Del artículo se extrajeron por la Ley en estudio las amenazas leves, las cuales se ubicaron en el Art. 171.5, de nueva creación por la misma Ley.

La Ley Orgánica 1/2004 crea asimismo el párrafo cuarto en el mismo artículo: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”; consistente en una atenuación punitiva de las conductas anteriores que actuará cuando así lo aconsejen las circunstancias personales del autor y circunstanciales en la comisión del hecho, con lo que se echa de ver el curioso dato de que queda a discreción del juzgador, caso de estimar encontrarse efectivamente en presencia de este cuarto apartado, el imponer una pena más atenuada, similar a las recogidas antes de la reforma en estudio⁵⁴², cuando la misma nació con el objetivo, entre otros, de incrementar sensiblemente todas las penas, con el consiguiente peligro de que el juzgador a la vista de la polémica que ya despertó el aumento de las penas operado por la Ley Orgánica 11/2003, acabe empleando este extremo en aras de intentar compensar dicha escasamente pacífica situación.

Por todo lo visto, se recoge en este artículo la violencia doméstica no habitual, ajustándose su contenido a los menoscabos físicos y psíquicos no definidos como delito en los anteriores artículos del Código Penal –las lesiones–, a los golpes o maltrato que no causen lesión, al causar una lesión que sólo requiera una primera asistencia facultativa, a las amenazas leves con armas u otros medios peligrosos, con la llamativa circunstancia referida de haber pasado a considerarse delitos hechos que anteriormente eran calificados de falta⁵⁴³, siempre que se cometan en el ámbito doméstico⁵⁴⁴, lo cual fue justificado por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, con la frase “Las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente

⁵⁴¹ Las Circulares de la FGE 3/2004 y 4/2005 recogen que basta la presencia de un único menor, siempre que éste pertenezca al núcleo familiar. Asúa Batarrita apunta que el menor debe ser miembro integrante tanto del autor como de la víctima del delito. ASUA BATARRITA, A. Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. En *Cuadernos Penales Jose María Lidón*, nº 1. 2004. p. 219.

⁵⁴² A juicio de QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “estas *penas-tobogán* son poco serias y quiebran la seguridad jurídica. El legislador debe de estar seguro cuando fija una pena a un delito y no trasladar su inseguridad por el miedo a errar a los jueces y tribunales”. En *Ob. Cit. Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2010. p. 143.

⁵⁴³ *Vid.* Arts. 617 y 620.1º CP.

⁵⁴⁴ En el Art. 544 ter LECrim. se recogen las medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica, estableciendo en su apartado 1 que: “El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”.

la falta regulada en el artículo 617.”

Por último, una mención a la Consulta número 1/2008 a la FGE acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica, previsto en los Arts. 153 y 173 CP. Dicha consulta, fue resuelta en fecha de 28 de julio de 2008 en los siguientes términos: “las señoras y los señores Fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los Arts. 153.2º y 173. 2º CP se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta”⁵⁴⁵.

12.3.3. Análisis de la pena privativa de derechos consistente en la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Y para cerrar el capítulo, una última consideración a un extremo recogido en el texto del primer apartado del Art. 153 de referencia, el que consiste en la expresión “...así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz⁵⁴⁶, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años”. Habida cuenta de que este primer número, como hemos visto, recoge la conducta de los malos tratos para el caso *único* y exclusivo de tratarse la víctima de quien es o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al ofensor por análoga relación de afectividad, o para el caso de *persona* especialmente vulnerable que conviva con el autor, la colocación en este primer número del artículo de la medida referida es algo que escapa a toda comprensión. Dicha ulterior protección del *menor o incapaz* encontraría su perfecto acomodo en el segundo apartado del mismo artículo, el reservado para las víctimas recogidas en el Art. 173.2 CP, entre las cuales se incluyen los descendientes (incluso los hermanos), propios o del cónyuge, y, citados expresamente, los menores o incapaces que convivan con el autor. Sin embargo, dada la mención expresa a los dos únicos tipos de víctima que integran el primer apartado, la inclusión de dicha medida resulta, al menos, inexplicable, aportándose como una posible solución, una somera explicación del porqué de dicha medida, del tenor de: “...así como cuando el Juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, *para los casos en que alguno resulte afectado* por el menoscabo psíquico o por la lesión no definida como delito”⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Lugar donde deberían acomodarse las relaciones derivadas por ejemplo del *noviazgo*, situación incluida en el Código Penal por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

⁵⁴⁶ Para QUERALT JIMÉNEZ, J. J., lo serían tanto las personas especialmente vulnerables como las personas impedidas siendo su minusvalía la razón de su ingreso y estancia en centros de guarda o custodia públicos o privados; así, podrán incluirse en este apartado, no sólo a jubilados que vivan en una residencia o los dementes internados –si no están ya previamente incapacitados–, sino a cualquier interno en un hospital por una enfermedad común o una intervención seria. Común a todos ellos es la *falta de capacidad de autodeterminar su desplazamiento* y no su mera enfermedad o minusvalía. *Ob. Cit. Derecho Penal Español*. 2010. p. 141.

⁵⁴⁷ Si bien en este sentido anota RAMÓN RIBAS, E., que “precisamente dicho Art. 153.1 las define como delito. Es cierto, no obstante, que sólo serán constitutivas de delito, si además se produce un menoscabo no grave de la integridad moral, en cuyo caso la fórmula típica no sería

causada a quien es o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a el ofensor por análoga relación de afectividad, o a la *persona* especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

El texto del mismo artículo, según la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, incluía la misma punición específica, pero –y esto es lo que entonces sí la hacía lógica–, sí contemplaba en el apartado en el que se incluía, la posibilidad de que la víctima fuese menor o incapaz. Por ello, la única explicación posible a dicho error debe consistir en que la premura con que se redactó la Ley Orgánica 1/2004, de 22 de diciembre, haya dejado en el texto del número uno del Art. 153 este residuo, que deberá ser suprimido en posteriores reformas.

Lo dicho hasta aquí de la referida incongruencia, y la necesidad de su aclaración en la próxima modificación de estas conductas –habida cuenta de que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que modifica cuatro artículos del Código Penal, y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, no han remediado lo referido–, se deberá aplicar en los mismos términos a los Arts. 171.4 y 172.2 CP.

13. EL ARTÍCULO 173.2 DEL CÓDIGO PENAL.

13.1. El Resultado de dos grandes reformas.

El artículo en estudio, que recoge específicamente el delito de violencia “habitual”⁵⁴⁸ en el ámbito familiar o enteronos asimilables al núcleo familiar, ha sufrido dos modificaciones en los últimos ocho años, la llevada a cabo por el Art. 1.8 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de diciembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, ley que introduce en el número dos del Art. 173 CP las conductas antes reguladas en el Art. 153, y la que tiene lugar por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual introduce los párrafos segundo y tercero del apartado 1.

En la redacción definitiva del artículo, destacan las nociones de: trato degradante⁵⁴⁹ (nº 1); relación de superioridad⁵⁵⁰ (nº 1, 2º párrafo); impedir el

incorrecta: los delitos del Art. 153 se conforman por lesiones no definidas como delito que lesionan, además, la integridad moral”. *Ob. Cit. Violencia de género y violencia doméstica*. 2008. p. 159.

⁵⁴⁸ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO. A hacen la siguiente definición de habitualidad, que en su parte destacada en cursiva se separa de lo exigido en el nº 3 del artículo en estudio: “La habitualidad se produce por la reiteración de conductas contra cualquiera de las personas reseñadas en el texto; no es necesario que la violencia física o psíquica sea contra una persona concreta, si no que se puede producir por agresiones a dos o más de ellas”. *Ob. Cit. Derecho Penal. Parte especial*. 2011. p. 187.

⁵⁴⁹ Para QUERALT JIMÉNEZ, J. J., determinar qué sea *trato degradante* y que ello comporte *menoscabar gravemente* la integridad moral de la víctima “será tarea difícil. Pese a las intenciones, seguramente buenas, del legislador, la imprecisión de la que hace gala es notoria. Se habrá querido dar cumplimiento, como se ha apuntado, al Art. 15 CE, sin embargo, le ha faltado pleno respeto al principio de legalidad. Poco cumplidora con tal derecho fundamental (Art. 25. 1 CE) resulta la dicción del presente artículo; en efecto, tanto *trato degradante* como *menoscabar gravemente* son expresiones poco o nada precisas”. *Ob. Cit. Derecho Penal Español. Parte General*. 2010. p. 181.

⁵⁵⁰ Núñez Fernández, apunta, con acierto, que “se han dejado fuera a los trabajadores autónomos, a diferencia de lo que hace el Art. 184.1, relativo al acoso sexual”. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante. *Diario La Ley*, nº 7534. 23 Dic. 2010. p. 40.

legítimo disfrute de la vivienda⁵⁵¹ (nº 1, 3er párrafo) y habitualmente⁵⁵² (nº 2).

Apreciamos asimismo una ampliación del número de potenciales víctimas yendo más allá del mero núcleo familiar, alcanzando a los menores e incapaces, sin exigirse que sean descendientes del autor, así como a cualquier persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre enviada a centros asistenciales públicos o privados⁵⁵³.

Al recogerse en este precepto, al igual que se hace en el Art. 153 la posibilidad de aplicación a relaciones tanto vigentes como ya terminadas⁵⁵⁴, pero que existieron como tales, va a permitir su aplicación a los casos, tan habituales de maltrato por exigencias de un miembro sobre el otro de reanudar la relación⁵⁵⁵, ánimos de venganza, etc. Al no definirse el sexo ni del sujeto autor ni el de la víctima, a diferencia de lo que se hace en el primer número del Art. 153, podrá acomodarse a cualquier tipo de sujeto pasivo⁵⁵⁶, incluyéndose la víctima varón que sufra agresiones físicas o psíquicas a manos de su mujer, compañera o exmujer o excompañera, y por supuesto, las relaciones homosexuales, siempre que éstas hayan tengan o hayan tenido cierta significación, si bien no exigiéndose la convivencia.

Como potenciales víctimas encontramos a los descendientes o ascendientes. Aquí se observa la sustitución de la palabra hijos por éstas de descendientes o ascendientes, lo que da cabida a la inclusión de las personas de los nietos ante posibles malos tratos de los abuelos. Se ha incluido igualmente a los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del cónyuge o conviviente, que podrían sufrir malos tratos de sus propios hermanos. El tipo incluye también dentro de su esfera de protección a los menores o incapaces que convivan con el sujeto activo, o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o la de su conviviente⁵⁵⁷. El término

⁵⁵¹ Delito de acoso inmobiliario, cuya justificación se haya en la propia exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁵⁵² Para RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., por habitualidad hemos de entender tanto “la repetición sistemática como la tensión que se genera entre acto y acto”. *Ob. Cit. Violencia en el ámbito familiar*. 2007. p. 174.

⁵⁵³ García García-Cervigón ve en ello “que el legislador ha seguido una política criminal protectora de la víctima elevándola a un primer plano de protagonismo siguiendo la línea iniciada hace años en la política criminal internacional y nacional”. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J. Política criminal en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 151.

⁵⁵⁴ Carbonell Mateu y González Cussac son de la opinión de que “no debe exigirse el requisito de la *afectividad*, en el sentido empleado por el texto legal”. CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 141.

⁵⁵⁵ De acuerdo con el criterio de FUENTES SORIANO, O., “podría decirse que el bien jurídico protegido con el delito de violencia doméstica habitual se refiere al normal desarrollo de las relaciones surgidas como consecuencia de una situación afectiva intensa (que puede permanecer vigente o no), familiar o análoga, que no necesariamente ha de verse traducida en convivencia (pues se admiten también las relaciones –vigentes o no– de noviazgo”. *Ob. Cit. El enjuiciamiento de la violencia de género*. p. 44.

⁵⁵⁶ *Vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. / LAMARCA PÉREZ, C., Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género. *Ob. Cit. Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. 2008. p. 1761.

⁵⁵⁷ Muñoz Conde apunta que en este catálogo de personas sobre las que podía recaer la violencia física o psíquica ejercida habitualmente, “no se menciona expresamente a la mujer, que es lo que motivó, entre otras cosas, la reforma del 2004 y la LO 1/2004, denominada de protección integral contra la violencia de género, aunque sus preceptos no se refieren exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo de la violencia”. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 192.

“menor” ha sido explicado anteriormente, concluyéndose que lo será la persona que no haya cumplido los 18 años, y por “incapaz” deberá asimismo entenderse el que se encuentre incluido en la definición que ofrece el Código Penal en el Art. 25: “(...) persona (...) que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

En cuanto a la fórmula siguiente “...o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo familiar...”, ésta nos hace pensar en cualquier otro familiar, así como en aquellas personas que no siendo familiares, se encuentren conviviendo con el sujeto activo⁵⁵⁸. El tipo se refiere inmediatamente después a las personas especialmente vulnerables que se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados; en este caso, la protección se va a hacer extensiva a aquellas personas que por esas circunstancias estén ingresadas en centros geriátricos, en el caso de ancianos, o en centros de acogida, para el caso de menores.

El número 2 del artículo cierra este primer párrafo –tras referirse a la pena, que será la de “pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, 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 uno a cinco años”–, con la cláusula de “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 lo cual, incluida su relación con las agravaciones específicas, que a continuación se analizaran, me remito a lo ya recogido para el mismo aspecto en el anterior capítulo, el dedicado al Art. 153 CP.

Sobre el segundo párrafo de este segundo número, “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”, que, salvo la parte subrayada, reproduce íntegramente la cláusula similar del Art. 153 CP, me remito igualmente a lo referido en el capítulo anterior, en cuanto a su gestación, oportunidad penológica y demás consideraciones.

En cuanto a la culpabilidad, debe afirmarse que se trata de un tipo doloso⁵⁵⁹, sin que la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ya vista, indique que el actor deba realizar la acción dañina, para su correcta apreciación, con una voluntad añadida de ejercer además una situación de dominio sobre la víctima, con despliegue de gestos que acrediten dicha intención; el texto del artículo no exige, asimismo, dicho ánimo sobrepuesto.

⁵⁵⁸ Con respecto a lo cual, Queralt se expresa “en la *violencia doméstica*, esto es la ejercida sobre una serie de personas vinculadas familiarmente con el agresor o con su pareja o ex pareja, pese a la torpeza anfibológica del legislador, la *convivencia entre agresor y agredido es necesaria*”. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Barcelona: Atelier. 2010. p. 144.

⁵⁵⁹ Para Ramón Ribas “no existen delitos imprudentes de violencia de género, pues los únicos que tienen atribuida inicialmente esta condición son todos ellos dolosos, tipificados en los Arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2”. RAMÓN RIVAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 117.

13.2. Análisis del término *habitualidad*.

Concepto heredado del anterior Art. 153 CP, que conforma en el actual tipo recogido en el 173.2 el *delito de malos tratos habituales* del Código Penal, y sobre el que debemos profundizar. Dicho término no cuenta con una interpretación unánime desde el punto de vista jurídico⁵⁶⁰, por más que el vigente Código Penal nos ofrezca una definición del mismo en el Art. 94: “A los efectos previstos en la sección II de este capítulo, se consideran reos habituales⁵⁶¹...”, así como en el consabido número 3 del Art. 173 CP, que después analizaremos.

La síntesis a lo reflejado por el alto tribunal⁵⁶² sobre el concepto de habitualidad implica que ésta no se agota en la mera agresión tanto física como psíquica, sino que termina afectando al desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, lo cual explica el traslado del bien jurídico protegido aludido *ut supra* desde el Título III, las lesiones, al Título VII, torturas y otros delitos contra la integridad moral, subtítulo éste último donde actualmente se sitúa el Art. 173 CP.

Como hemos visto, la expresión habitualidad referida al delito de malos tratos fue introducida en el Código Penal de 1944-1973, por la Ley Orgánica 3/1989, en su Art. 425, sin hacerse entonces una definición de la misma, por lo que tuvo lugar en aquel momento un importante debate no solo doctrinal, sino también jurisprudencial sobre el alcance del término⁵⁶³.

El vigente Código Penal, nos ofrece en el apartado 3 del artículo en análisis un concepto que fue introducido en el Art. 153 (antecesor del 173.2 para la punición de la delincuencia habitual), por la LO 14/1999, de 9 de junio; se transcribe tal como aparecía: “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

⁵⁶⁰ Término nunca desprovisto de ambigüedad e imprecisión legislativa, y que ha llevado a Ruiz Vadillo a acuñar la expresión de *el fantasma de la habitualidad*. RUIZ VADILLO, E. Las Violencias Físicas en el Hogar. Madrid: *Actualidad Jurídica*, nº. 326. 1998, p. 1.

⁵⁶¹ El Tribunal Supremo, a través de reiterada jurisprudencia ha aclarado aún más el concepto de “habitualidad”, si bien la definición que encontramos en el número tres del artículo en estudio. La STS 2414/1996, de 20 de diciembre, entiende por habitualidad “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”. En apoyo de la misma, se reseña la STS 1208/2000, de 7 de julio; en esta resolución se establece que “La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito, es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; Finalmente, traemos la STS 6389/2000, de 7 de septiembre, en la que se declaraba que “la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas, sino, esencialmente, por lo que implica la vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar”.

⁵⁶² En el mismo sentido, *vid.* STS 3989/2006, de 1 de junio.

⁵⁶³ En este sentido, es interesante destacar la Circular 1/1998, de 24 de octubre, de la FGE, en la que se explicaba que: “el concepto de habitualidad es distinto del de reincidencia; no se exige, pues, que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el artículo 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras”.

diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”⁵⁶⁴. En la traslación que se hizo por la Ley Orgánica 11/2003 del delito a su actual ubicación, en el Art. 173.2, y en concreto, esta definición acomodada en el número 3, se modifica únicamente la expresión “párrafo”, cambiándose, lógicamente, por la de “apartado”. Ya en los momentos previos a la tramitación de la Ley Orgánica 14/1999 se descubrió la problemática que vendría a acompañar al término, sobre el que va a pivotar el delito, y que va a permitir su diferenciación con el Art. 617.2 en el que se recoge el maltrato sin lesión.

13.3. Análisis de cuatro aspectos concretos en la redacción del tipo.

El texto final que vio la luz, en ese segundo párrafo del anterior Art. 153, y actual número tres del Art. 173 CP –salvo el referido cambio de las palabras *párrafo* por *apartado*–, presenta los siguientes cuatro aspectos:

1. Número de actos de violencia: dice el texto que para apreciarse habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, concepto aún hoy indeterminado y susceptible de sufrir no pocas interpretaciones. La referida Circular 1/1998, de 24 de octubre, de la FGE, fijaba –si bien es cierto que tras estudio de numerosa jurisprudencia relativa al delito de receptación del Art. 299 CP–, en al menos tres los actos de violencia, número generalmente aceptado, siquiera por tradición, al ya venir así recogido en la definición del hurto habitual en el Art. 428 del Código Penal de 1848.

El proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, ofrecía una aclaradora definición del término referido expresamente a este tipo de delitos: “A los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas, a que se refiere el artículo apartado anterior, en los cinco años precedentes a la nueva infracción penal”⁵⁶⁵.

La doctrina se ha decantado igualmente por exigir tres actos violentos para entender la situación incardinable en el término habitualidad⁵⁶⁶.

En cuanto a la exigencia del tercer acto para la apreciación del termino habitualidad, se considera esclarecedora la STS 1208/2000, de 7 de julio⁵⁶⁷. Esta resolución, determinante en su momento, sale al paso de la aplicación analógica de la regla recogida en el Art. 94 CP al delito de violencia doméstica, de exigirse al menos tres actos, cargando las tintas más que en la pluralidad, en la reiteración en los actos violentos, lo que va a dotar a la convivencia de un continuo e

⁵⁶⁴ Para Queralt Jiménez, J. J., “lo que pretende el legislador es castigar aquellos *sujetos* (por actos) que se producen sistemáticamente de modo violento en un mismo ámbito, requisito éste tácito, pero forzoso, para no dilatar hasta lo indecible este precepto”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Ob. Cit.* p. 145.

⁵⁶⁵ Art. 161, párrafo 21 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* . Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. 1992.

⁵⁶⁶ Del Rosal Blasco resume que “la doctrina se ha “resignado” a aceptar el viejo criterio jurisprudencial, desarrollado sobre todo en relación con el delito de receptación de exigir, al menos, la realización de tres actos para apreciar la habitualidad”. DEL ROSAL BLASCO, B. El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar. En AA. VV. Comentarios a la legislación penal. Tomo XIV. Vol. 1º La Ley Orgánica de 21 de julio de 1989, de actualización del Código Penal. *Revista de Derecho Privado* . Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1992. p. 372.

⁵⁶⁷ En similares términos se pronuncian las SSTS 284/2009, de 29 de abril, 4062/2000, de 19 de mayo y 5178/2000, de 24 de junio.

incesante clima invivable⁵⁶⁸.

Paralelas a estas resoluciones del Tribunal Supremo, se hallan varias dictadas por diferentes Audiencias Provinciales, de entre las cuales se reseña la SAP Sevilla 2898/2003, de 31 de julio, que, en orden a apreciar la habitualidad, se fija más que en la propia pluralidad de actos, en “la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

En idénticos términos encontramos otras dictadas por distintos Juzgados de lo Penal, de entre las cuales se citan las dos siguientes: Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla, sentencia de 26 de noviembre de 1999⁵⁶⁹, y en segundo lugar, sentencia de 1 de julio de 2002, del Juzgado de lo Penal número 3 de Granada⁵⁷⁰.

Por ello, y ante lecturas como las descritas, el 7 de febrero de 2001, un Informe del CGPJ se manifestaba en los términos de prescindir del concepto de habitualidad, y penar aquellos actos violentos que tengan lugar en el ámbito familiar y “que alcancen la entidad suficiente como para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones”.

2. Proximidad temporal de los actos de violencia: concepto igualmente dotado de profunda indeterminación que ha generado encontradas opiniones entre la doctrina⁵⁷¹. En contra de la citada opinión de Muñoz Conde, nuevamente puede parecer esclarecedor el Art. 94 CP, que cifra un plazo de cinco años, dentro de los cuales deben registrarse los diferentes actos delictivos; recordemos que el artículo exige tres o más⁵⁷².

⁵⁶⁸ Argumento que comparte Tamarit Sumalla al expresar que el concepto de habitualidad recogido en el Art. 94 CP no afecta a la habitualidad exigible en el delito de malos tratos habituales, “cuyos efectos se limitan a lo previsto respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, pese a que su contenido se corresponde con el criterio jurisprudencial dominante a propósito de los delitos de hábito” TAMARIT SUMALLA, J. M. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentario al nuevo Código Penal*. 2ª ed. Madrid: Aranzadi. 1996. pp. 752-753.

⁵⁶⁹ En ella, se acara que “el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. El concepto habitualidad al que alude el precepto (en aquel momento recogido en el Art. 153) no ha de entenderse en un sentido jurídico formal, sino en un sentido naturalístico, como un dato fáctico, ayuno de requisitos formales, o al menos desde una perspectiva criminalística-social (...) no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte la falta en delito, sino la relación entre el autor y la víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento”.

⁵⁷⁰ Esta última aprecia habitualidad al observarse unos “hechos que revelan, sin género alguno de dudas, un dilatado clima de convivencia enrarecida, clima generado por continuos episodios de violencia a lo largo de los años por parte del acusado y que el mismo ha decidido mantener con posterioridad al cese de la convivencia conyugal”.

⁵⁷¹ Al respecto, Alonso de Escamilla recoge que el propio artículo la conceptúa de forma “amplia”. ALONSO DE ESCAMILLA, M. A. En LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.). *Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Colex. 2005. pp. 152-153.; Muñoz Conde aclara que el tipo que aparece en este artículo no coincide con el de los artículos 94, 147.1, 234.2 ó 299 CP. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 197; y para Ramón Ribas, en cuanto a la *consumación* del delito de violencia habitual, cabe concluir, que para su apreciación no resulta suficiente el ejercicio de varias violencias, sino que es necesario, además, que a través de ellas se lesione, mediante su permanente erosión, la integridad moral. Es preciso producir, en fin, con palabras del Tribunal Supremo, un *estado de violencia permanente*. RAMÓN RIBAS, E. *Ob. Cit. Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 89.

⁵⁷² Dicho período de cinco años fue el mismo que ya fijó el Proyecto de Ley para el Código Penal en su Art. 161, párrafo 21, visto *supra* que decía que “existirá habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas (...) en los cinco años

Sin perjuicio del referente que debería suponer el actual Art. 94 CP, es cierto que según hemos visto en relación con el número de actos, la realidad doctrinal⁵⁷³ así como la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como la emanada de las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal, han terminado por encontrar un camino propio aplicable a este tipo de delincuencia, alejado de los postulados del Art. 94.

La STS 7414/1996, de 20 de diciembre, haciendo un análisis del término habitualidad, concluye que por ésta debe entenderse “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”; igualmente, en la STS 3084/1999, de 6 de mayo, indicaba que: “habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos, con cierta proximidad, tal y, como acontece en supuesto de autos”.

En idénticos términos se expresa en la STS 474/2010, de 17 de mayo, que, examinando el concepto de habitualidad como elemento del tipo, recoge: “(...) Reiteradamente ha precisado esta Sala que al concepto de habitualidad, considerado como elemento valorativo en el Art. 153 no le afecta la definición legal del Art. 94 CP que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad (entre otras, STS 662/02, de 18 de abril)”.

Aún así, parece lógico exigir una cierta cercanía temporal entre los distintos actos violentos, ya que lo contrario nos presentaría meros episodios aislados, alejándose por ello de un tipo que exige precisamente habitualidad en una conducta.

Al igual que hace el alto tribunal, la jurisprudencia menor da su interpretación propia sobre la exigencia de la cercanía delictual en términos coincidentes⁵⁷⁴.

En el mismo sentido, la doctrina llega a la conclusión de que si bien no debe exigirse tajantemente un plazo cierto por lo que ello tendría de artificialidad⁵⁷⁵, sí debe sin embargo precisarse que si los episodios violentos presentan entre sí un dilatado lapso temporal, estos escaparían del concepto de habitualidad debiendo entonces verse en ellos acciones violentas aisladas⁵⁷⁶.

precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal”. Informe del anteproyecto de Código Penal de 1992. *Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Política Criminal*. nº 48. 1992.

⁵⁷³ Para Aránguez Sánchez lo relevante será constatar “la persistencia en el tiempo de un estado de violencia capaz de conculcar la seguridad de quienes mantienen o han mantenido con el maltratador ciertas relaciones de carácter familiar o análogo”. ARANGUEZ SANCHEZ, C. El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”. En MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa. 2002. p. 203.

⁵⁷⁴ Se transcribe, a título de ejemplo un comentario recogido en la SAP Tarragona 49014/2000, de 23 de octubre, en la que se define el término habitualidad como la repetición de actos de idéntico contenido (tres o más hechos violentos) con cierta proximidad cronológica entre ellos. Se añaden las SSTs 2894/1999, de 29 de abril, en la que se condena por la existencia de varias agresiones dentro de un mismo año; 5178/2000, de 24 de junio, condenándose por distintas agresiones durante dos años; y 290 /2002, de 22 de enero, en la que se condena al acusado por cuatro agresiones en menos de dos años.

⁵⁷⁵ Para Núñez Castaño el término habitualidad “es la médula del tipo delictivo, por más que ello pueda ser criticable”. NÚÑEZ CASTAÑO, E. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: aspectos fundamentales de la tipicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002. p. 148

⁵⁷⁶ Bustos Ramírez exige que los actos estén “ligados temporalmente por una determinada continuidad”. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel. 1991. p. 65;

3. Independencia de que los actos de violencia se haya ejercido sobre la misma, o diferentes víctimas, de las comprendidas en el artículo 173.2 del Código Penal⁵⁷⁷: Como previo al análisis de esta circunstancia, vamos a reparar en un error cometido por el legislador, y fruto, sin duda, de las numerosas reformas que han sufrido los artículos responsables del castigo de la delincuencia doméstica. El error de referencia, consiste en la omisión de la corrección del término “artículo” en el texto del número tres del Art. 173 CP [“Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”]; debiendo haberse sustituido por la palabra “apartado”, ya que del tenor literal del término efectivamente incluido, se desprende que ello sería también aplicable a las personas recogidas en el primer número del artículo, no siendo esto lo pretendido por el legislador al recoger las conductas del primer apartado, relativas al trato degradante que menoscaba la integridad *moral*.

Por ello, la circunstancia en análisis se referirá a las personas comprendidas en el primer párrafo del apartado 2 del artículo; es decir, sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores⁵⁷⁸ o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, relación que intenta comprender todos los posibles miembros que puedan encontrarse en dependencia del actor, cuyo número y calidad siguió, en cuanto a su inclusión en el artículo, por la Ley Orgánica 11/2003, lo recogido en el Acuerdo del Pleno de 21 de marzo de 2001 del CGPJ, tras análisis por su parte del Informe sobre el Tratamiento Jurisdiccional de los Malos Tratos Familiares de 1999 de la FGE, editado conjuntamente por el Instituto de la Mujer

Serrano Gómez y Serrano Maíllo exigen “repetición de tres hechos en un período de tiempo no muy lejano”. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson. 2011. p. 190.

⁵⁷⁷ Aránguez Sánchez sostiene que “el término habitualidad del Art. 94 C.P. atiende a la reiteración de una conducta, pero en el concreto aspecto del delito de malos tratos habituales se refiere a la reiteración en la selección de las víctimas”. ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica. En *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). *Estudios penales sobre violencia doméstica*. 2002. p. 202.

⁵⁷⁸ En este sentido, Tamarit Sumaya, hace un comentario interesante, por el cual, el delito de violencia doméstica “debería recoger una penalidad distinta en función de la minoría o mayoría de edad del sujeto pasivo, así, la conducta típica se ejerce sobre el cónyuge, éste va a tener siempre una mayor capacidad de raciocinio, una mayor capacidad en razón de su edad para poder empezar una nueva vida, aspecto que va a faltar cuando sea un menor la víctima, menor que sufrirá taras psíquicas difíciles de detectar, y siempre superiores a la de los adultos”. TAMARIT SUMAYA, R. *La reforma de los delitos de lesiones*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias. 1990. p. 185.

(Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) y la Fiscalía General del Estado.

Por ello, apreciamos que los diferentes episodios de violencia doméstica, si bien deben situarse dentro del mismo núcleo familiar (o asimilado), pueden tener sin embargo distintos sujetos pasivos. Por ello, aún siendo varios los actos violentos, y distintas las víctimas, si estos ocurren dentro del mismo ámbito familiar (o asimilado), se dará un único delito de malos tratos⁵⁷⁹, al ser, como sabemos, el bien jurídico protegido por este delito la dignidad de las personas en el seno de la familia, o como dice la STS 6389/2000, de 7 de septiembre: “La reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas sino, esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos, valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia”.

No obstante lo afirmado, se plantea el siguiente problema relativo a aquellos casos en que los distintos actos individuales que hayan dado lugar a la estimación del delito de referencia no hayan ya recaído sobre distintos sujetos dentro del mismo núcleo familiar o asimilado, sino que sean varios los miembros del grupo los que hayan sido víctimas, cada uno por su parte, de una pluralidad de actos agresivos por parte del actor⁵⁸⁰; habida cuenta de que la Circular 2/90 de la FGE⁵⁸¹ explica que “el bien jurídico protegido es la indemnidad de la persona y tratase por ello de un hecho jurídico esencialmente individual y eminentemente personal”⁵⁸².

Ante el hecho del empleo en plural de la voz *menores* dentro del presente subtipo agravado, según la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la FGE,

⁵⁷⁹ Ramón Ribas advierte que “consumado desde que, ejercidas diversas violencias, se lesionó el bien protegido en el sentido indicado, la consumación se extiende en el tiempo, sin que la ejecución de nuevas violencias dé lugar a también nuevas infracciones del delito tipificado en el Art. 173.2 (sí, por el contrario, a cuantos delitos o faltas contemplen las violencias singularmente ejercidas). No obstante, la referida extensión de la consumación del delito es susceptible de generar efectos en la determinación de la pena: dado que la pena abstractamente prevista por la ley contempla el hecho *desde que se consumó*, sin necesidad de que se produzcan nuevas violencias ni se incida en mayor medida en la lesión de la integridad moral, la suma de nuevos actos de violencia y la más grave incidencia en este bien jurídico pueden ser valorados por el juez para imponer una pena que se aleje de su límite inferior, alcanzando, en su caso, su extremo superior”. RAMÓN RIBAS, E. *Ob. Cit.*, p. 89.

⁵⁸⁰ A ello dan respuesta Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta al recoger que “deberá existir una unidad de contexto en relación a los actos violentos para que sean “reveladores de la persistencia de una conducta violenta o sistemáticamente agresiva sobre determinado o determinados miembros del grupo objeto de protección penal”. ARROYO DE LAS HERAS, A. / MUÑOZ CUESTA, J. *Delito de Lesiones*. Madrid: Aranzadi. 1993. p. 144.

⁵⁸¹ Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma de Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Suplemento al Boletín del Ministerio de Justicia. Nº 1.586-1.587. Ministerio de Justicia. Madrid

⁵⁸² Cuello Contreras aclara que “cuando el autor ejerce violencia habitual sobre más de una víctima, el padre, por ejemplo, maltrata a la madre y a varios hijos, la relación será la del delito continuado del artículo 69 bis” (*actual Art. 74 CP*). CUELLO CONTRERAS, J. El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad. Madrid: *Consejo General del Poder Judicial*, nº 32. 1993. p. 16.

bastaría que la conducta violenta se realice en presencia⁵⁸³ de un solo menor de edad, y no por el hecho de que sean varios quienes la presenciaren, el delito debería agravarse más⁵⁸⁴.

4. Independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores: última de las circunstancias que afectan a la habitualidad en el delito de malos tratos, consistente en que los hechos, aun habiendo sido ya enjuiciados e incluso en su caso, cumplida la condena, sigan siendo presupuesto para conformar la habitualidad. La problemática en este punto tiene como punto de arranque la posible vulneración del principio jurídico del *non bis in idem*.

El problema, por ello, se basa en aclarar si podrán tenerse en cuenta unos hechos que hayan sido ya juzgados, y considerados así ya como *cosa juzgada*. La Circular 1/1998 de la FGE recoge que en este caso, el hecho no va a interpretarse como doble incriminación⁵⁸⁵.

Por ello, con apoyo en este último criterio, debe negarse para este tipo de delincuencia la supuesta vulneración del principio, ya que si bien éste hace acto de presencia tratándose del mismo bien jurídico lesionado, en la reiteración, sin embargo, de las conductas en estudio, al tratarse de bienes jurídicos distintos, dicho principio quedaría a salvo, pues al apreciarse la habitualidad, no se trata de juzgar de nuevo los hechos anteriores, sino de juzgar un hecho diferente, cual es el ejercicio habitual de violencia y de aplicar una contrapartida jurídica ajena a la que ya fue aplicada a tales hechos, y ajena así mismo a los supuestos de hecho específicos que fueron ya enjuiciados.

13.4. Ausencia de unanimidad doctrinal sobre el bien jurídico protegido.

Ello nos lleva a hacer un somero análisis sobre cuál sería el bien jurídico protegido en este tipo de conductas, y sobre si realmente existe en cuanto a su identidad, unanimidad jurisprudencial y doctrinal.

Es tradicional concepcuar como bien jurídico protegido en este delito la necesidad de la paz familiar por lo que se castigan las conductas que terminan con ella, convirtiendo el entorno familiar en un espacio en el que impera el miedo y la sumisión al carácter agresivo del autor de los episodios violentos. La

⁵⁸³ QUERALT JIÉNEZ, J. J. exige para apreciar la agravación en análisis que “el menor presencia físicamente la agresión, dejando fuera de la misma los casos en que éste simplemente oiga la agresión o el ruido que ésta genera”. *Ob. Cit.* 2010. p. 142.

⁵⁸⁴ García Vitoria expresa en este sentido que: “por ese peligro permanente, sobradamente conocido, que los agresores suelen presentar para sus víctimas, tanto si ejercen la violencia directamente sobre ellas, como si lo hacen indirectamente, por ejemplo maltratando a la madre delante de sus hijos menores, deberían plantearse los órganos judiciales, y de forma contraria a como actualmente acontece, la necesidad de privar en casi todos los casos, de la patria potestad a los maltratadores habituales, siempre desde luego que ello no redunde en un perjuicio superior para el menor afectado”. GARCÍA VITORIA, A. Tratamiento jurisprudencial de la violencia en el ámbito doméstico y familiar. En *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). *Estudios penales sobre violencia doméstica*. 2002. pp. 604-605

⁵⁸⁵ Ya que si el Art. 153 CP *in fine*, permite el castigo separado tanto por las concretas lesiones o resultados producidos cuanto por el delito recogido en este mismo artículo, resultaría absurdo admitir la condena por ambas conductas si se produce en una misma sentencia y no admitirla, sin embargo, cuando se sigan diferentes procedimientos que desemboquen en tantas sentencias. Se estaría dejando en manos de la suerte o de la estrategia procesal la decisión sobre la punición o no de determinadas conductas. Si son conductas distintas y con diferente bien jurídico (...), es indiferente para su respectiva punición que se hayan enjuiciado en el mismo proceso, por haber actuado correctamente el mecanismo de la conexidad o por haberse denunciado de una sola vez, o en procesos distintos.

violencia física o psíquica, en abstracto, a la que se refiere el artículo difiere de los actos de violencia concretos, aislados, y por ello, el bien jurídico en uno y otro caso, es igualmente distinto, y de mayor envergadura en el segundo caso, afectando a bienes que van más allá de la mera integridad corporal o la salud, lesionando así valores fundamentales de la persona⁵⁸⁶.

No obstante, dicha conceptualización no es unánime, ni para el Tribunal Supremo, ni entre la doctrina, existiendo tres puntos de vista diferenciados en cuanto al bien jurídico que protege este artículo. Una primera corriente, es la ya vista, que define el bien que se trata de salvaguardar como la paz y la convivencia familiar, la cual es la que en la gran mayoría de sus sentencias sobre este tipo de delitos escoge el TS: *v.gr.*: la ya analizada STS 5178/2000, de 24 de junio⁵⁸⁷.

En cuanto a la doctrina, sobresale Acale Sánchez, que considera como bien jurídico defendido, no tanto la propia convivencia familiar, sino las deseables condiciones en las que ésta debe tener lugar⁵⁸⁸.

No obstante, la elección de dicho bien jurídico se considera de dudoso encaje en el ordenamiento penal, ya que para que algún bien o derecho pueda ser considerado como bien jurídico a estos efectos, debe reunir los requisitos de ser, en primer lugar merecedor de protección por el Derecho Penal, en segundo lugar de ofrecer la necesidad de dicha protección y en tercer lugar ser susceptible de gozar de la misma, según el postulado clásico de Marc Erns Mayer⁵⁸⁹; por ello, el mero concepto de familia, e incluso el de convivencia familiar no podría ser considerado como un auténtico bien jurídico desde el punto de vista del ordenamiento penal, y más teniendo en cuenta que, tras la lectura del analizado número 2 del Art. 173, se comprueba que la protección brindada por el Código

⁵⁸⁶ La SAP Almería 399/2006, de 2 de mayo, por delitos de violencia doméstica habitual y malos tratos en el ámbito familiar, recoge que “tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –Art. 15– y en el derecho a la seguridad –Art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del Art. 39. En definitiva, el bien jurídico protegido es la paz familiar, bien jurídico mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar”.

⁵⁸⁷ Que expresa que “el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, *el bien jurídico protegido es la paz familiar*, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”. En el mismo sentido, SSTS 167/2000, de 26 de junio de 2000; 6389/2000, de 7 de septiembre, y asimismo y Circular 1/2008 de la FGE, igualmente vista, de la que se destaca el párrafo: “el artículo 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además, y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los Arts. 15 y 39 CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (Art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (Art. 39)”.

⁵⁸⁸ Al decir que se debe “identificar el interés jurídico protegido, en definitiva, con las necesidades de un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero sí las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar”. ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. 2000, pp. 133-134.

⁵⁸⁹ MAYER, M. E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed. Heilderberg. 1923. p. 23.

Penal, alcanza igualmente a quien haya sido cónyuge o persona que haya estado unida por análoga relación al actor, así como a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, personas no incluidas de manera natural en ese núcleo familiar que dicha postura elige como bien jurídico protegido.

Una segunda corriente es la que apunta como bien jurídico defendido por el artículo en análisis, el de la integridad corporal y la salud de las víctimas, como vestigio del momento en que las conductas en estudio se encontraban incluidas en el Art. 153 CP, integrante del Título III del Libro II, dedicado a las lesiones, posición criticada por los autores Carbonell Mateu y González Cussac⁵⁹⁰, Serrano Gómez y Serrano Maillo⁵⁹¹.

Y una tercera posición es la que considera la integridad moral y la dignidad humana el auténtico bien jurídico protegido por el tipo, desdoblado en ambos aspectos. En esta postura se sitúa la autora Campos Cristóbal⁵⁹². Esta tercera postura encuentra uno de sus principales apoyos en la posibilidad recogida en el propio artículo, y como ya sabemos, introducida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (en el anterior Art. 153), de la causación de la violencia psíquica sobre las mismas víctimas. El hecho de que actualmente se recojan juntas, en una suerte de equiparación de una con la otra, dándose así a entender que son iguales en cuanto a su gravedad y las secuelas que genera su comisión en la persona de la víctima, ha terminado por uniformar el bien jurídico que protege el artículo, puesto, que, por otra parte, no podría ser intención del legislador que las conductas recogidas en el párrafo de un mismo artículo, protegiesen bienes jurídicos diferentes, máxime cuando autores como Benítez Jiménez, recojan que en la mayoría de los casos el maltrato físico precede a un maltrato psicológico, el cual puede producirse de forma conjunta o bien con total independencia del primero⁵⁹³.

Por todo ello, con la regulación del delito de malos tratos habituales se intenta dar protección a un bien jurídico distinto del derivado de los meros actos violentos en que se concreta el artículo, lo que nos permite concluir que de esta

⁵⁹⁰ Los autores aclaran que “no estamos ante un genuino delito de lesiones, sino ante una infracción de malos tratos a la que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito. Tampoco, obviamente, el bien jurídico protegido es el mismo de las lesiones: ni la salud ni la integridad corporal son objeto de tutela por cuanto es perfectamente concebible la consumación del delito sin resultado lesivo alguno (...). Creemos, con Quintero, que se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia. Y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, en el sentido del Art. 15 CE”. CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. En VIVES ANTÓN, T. S. AA.VV. *Derecho penal. Parte Especial*. 2ª ed, 1996, p. 133. La referencia a Quintero lo es a QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989 de 21 de Junio*. ADPCP, 1989, pp. 915 y ss.

⁵⁹¹ En QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Ob. Cit. Derecho Penal. Parte especial*. 2011, p. 111.

⁵⁹² Quien afirma que “El delito de violencia doméstica ni encaja con la estructura de las lesiones ni está protegiendo la salud como núcleo del injusto. Por tanto, el peligro para la salud (...) existe, dado el preciso ámbito en que se desarrolla la conducta y la peculiar forma en que ésta se lleva a cabo (a través de maltratos reiterados), pero tan solo sirve para fundamentar la mayor pena del Art. 153 en relación con la prevista para el resto de supuestos lesivos de la integridad moral en el Art. 173 y, por supuesto, en relación también con la pena que resultaría de aplicar el correspondiente concurso de faltas en el caso de que los diversos actos de maltrato no llegaran a producir el menoscabo grave de la integridad moral que el mismo artículo exige”. CAMPOS CRISTÓBAL, R., *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos, valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico*. *Revista Penal*. nº 6. 2000, p. 20.

⁵⁹³ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J. *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*. Madrid: Edisofer. 2004, p. 38.

manera se salvaguarda la supuesta vulneración del principio *non bis in idem*, al castigarse una conducta distinta, cual sería la reiteración de actos violentos en el ámbito familiar⁵⁹⁴.

14. RESTANTES ARTÍCULOS DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL QUE REGULAN LOS DELITOS DE DELINCUENCIA DOMÉSTICA.

14.1. El artículo 171 del Código Penal (Apartados 4, 5 y 6).

El Art. 171 CP fue redactado, en sus tres primeros números, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género añadió al precepto sus tres últimos números, los cuales, por su importancia, se reproducen a continuación:

“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia⁵⁹⁵, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

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

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo⁵⁹⁶, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años⁵⁹⁷.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima⁵⁹⁸, o se realice quebrantando una

⁵⁹⁴ En estos términos se expresa la STS 20/2002, de 22 de enero: “La autonomía del bien jurídico protegido, junto a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 (*hoy, artículo 173.2*), es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal, pues los actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y por ello, ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto concurso de delitos, y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento”.

⁵⁹⁵ Apartado que recoge las amenazas propias de la violencia de género.

⁵⁹⁶ Apartado que recoge las amenazas relativas a la violencia doméstica.

⁵⁹⁷ Sotorra Campodarve declara acertada la nueva ubicación de la descripción típica de la amenaza leve con armas u otros objetos peligrosos a las referidas personas, “que antes se regulaba con más torpe ubicación dentro del artículo 153 del Código Penal”. SOTORRA CAMPODERVE, M. C. *Ob. Cit.* Persecución Penal. En RIVAS VALLEJO, M. P. / BARRIOS BAUDOR, G. (Dirs.). *Violencia de Género perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Madrid: Aranzadi. 2007. p. 773

⁵⁹⁸ Para poderse entender la pertinencia de la agravación por el hecho de que ésta tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, resulta esclarecedor el análisis que en este sentido hace la SAP

pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

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

La consecuencia de esta reforma consistirá en la incorporación al artículo de dos modalidades novedosas de amenazas leves, antes recogidas como faltas en el Art. 620 CP, así como una circunstancia de agravación, la vista en el texto del último párrafo del número cinco, que coinciden con lo recogido en el Art. 153, (que el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza que ya hemos analizado), y otra de atenuación, la recogida en el número seis, idéntica a la añadida al número 4 del Art. 153 (...el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado). Igualmente, es coincidente con el citado Art. 153 en cuanto a la reserva en un primer apartado para los casos de víctima esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, donde se asigna, además, la misma pena que en el Art. 153 –de seis meses a un año–, y en cuanto a un siguiente apartado, el cinco, donde se recogen las mismas víctimas que en el Art. 173.2, exceptuándose las del apartado cuatro (del Art. 171), asignando la misma pena que el texto del 153, esto es, tres meses a un año, circunstancias que desarrollaremos después⁵⁹⁹.

El auto de fecha 15 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete aclara al respecto que estima preferible la interpretación que incluye, en la agravación del Art. 171.4, toda amenaza leve, con o sin armas o instrumentos peligrosos.

Tarragona 546/2008, de 08 de abril, en la que recoge que “la ratio de la cualificación de la conducta descrita en el Art. 153 CP cuando se produce en el domicilio, no puede justificarse sólo atendiendo al criterio objetivo o circunstancial de producción. Elementales razones de interpretación sistemática reclaman identificar, para justificar la pluspunición, que el sujeto activo busque de propósito la perpetración de la acción maltratante en dicho espacio físico para de esta manera asegurarse una mayor facilidad ejecutiva, derivada de la dificultad para la víctima para solicitar ayuda de terceros o, en su caso, la violación del espacio de intimidad domiciliar cuando carece de título de acceso a la vivienda. En un caso como el que nos ocupa, en que la acción maltratante se produce en el domicilio común, enmarcado por la actual y constante convivencia familiar, parece evidente que el sujeto activo no buscó de propósito ni abarcó intelectualmente ninguna de las circunstancias que fundan la agravación por el lugar de comisión de la acción, por lo que no se hace merecedor de ese mayor reproche. La introducción de la agravación específica no justifica la inaplicación de estándares de interpretación sistemática por lo que debe estarse a la concurrencia de los mismos requisitos, objetivos y subjetivos, que se exigen para la aplicación de cláusulas de agravación de similar alcance y contenido como la prevista en el Art. 22.2º CP”.

⁵⁹⁹ Si no se hubieran incluido estas modificaciones todas las amenazas leves que tuviesen lugar en el ámbito familiar se considerarían falta, hasta que se llegasen a interpretar como violencia habitual en el sentido del Art. 153 anterior. Así, actualmente, la primera amenaza leve se considera delito, lo que agrava las consecuencias del hecho, en el sentido de implicar no solo pena de prisión, sino como se ha visto, el residuo de su constancia como antecedente penal a efectos de futura reincidencia.

14.1.1. Conversión en delito de la anterior falta de amenazas.

Según vemos, lo más destacado de los tres números del Art. 171 en análisis, es la conversión que aportan de la antigua falta de amenazas a la categoría de delito, siempre que tengan lugar en el ámbito familiar o asimilado, y ello, en aras de poder elevar la pena, de localización permanente de cuatro a ocho días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días, a pena de prisión, en la cuantía que se ha detallado ya anteriormente⁶⁰⁰. El hecho delictivo, sigue siendo la causación de una amenaza en el sentido del Art. 169 CP, si bien, ésta, no necesita ser grave; en éstas, la acción consiste en la exteriorización de un propósito de causar al sujeto pasivo, a sus familiares o “a otras personas con las que esté íntimamente vinculado”, un mal. Pero tal mal ha de ser concretamente constitutivo de los delitos que se enumeran en el precepto, que a estos efectos debe estimarse “*numerus clausus*”.

El mal que se anuncia ha de ser futuro, pues si el mismo se causare en el momento de la amenaza, entonces el hecho constituiría el delito integrado por el mal efectivamente causado entonces.

El sujeto activo ha de exteriorizar su propósito de un modo que haga creer al sujeto pasivo⁶⁰¹ que es real, serio y persistente, independientemente de la forma que use para su exteriorización. No es preciso, sin embargo, que el sujeto activo piense realizarlo realmente, sino que es suficiente con que aparentemente pueda considerarse como realizable, por parte del sujeto pasivo.

Para apreciar la gravedad del mal y su adecuación para intimidar habrán de tenerse en cuenta las circunstancias personales del amenazado. No será necesario llegar a intimidarle, siendo suficiente con que la expresión elegida objetivamente sea propicia para ello.

Por ello, las amenazas en estudio, con ser consideradas delito, no necesitan sin embargo estar revestidas de estos caracteres, sino que siendo en puridad de índole leve, por el hecho de proferirse contra las especiales víctimas descritas, adquirirán, a efectos penales, esta consideración.

Aun así, la diferencia entre delito y falta de amenazas no queda explicitada en el propio Código; para apreciar la gravedad del mal y su adecuación para intimidar habrá que tener en cuenta la personalidad de la víctima, la credibilidad que su anuncio suscite en su persona, así como a la profundidad del mal con el que se amenaza.

En el apartado cuatro del artículo, como hemos visto –el cual, junto con los dos siguientes es creación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre–, se asigna idéntica pena que en los malos tratos del Art. 153.1 –seis meses a un año– a las mismas víctimas, esposa o mujer que esté o haya estado ligada (...), o a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Así, vemos aquí que

⁶⁰⁰ En este sentido, numerosa jurisprudencia avalaría la concesión de credibilidad a una amenaza verosímil que anuncie la causación de un mal cierto, lo que aconseja, a efectos e pena, su conversión en delito. *Vid.* SSTS 4022/1998, de 17 de junio, y 6483/2001, de 23 de julio de 2001.

⁶⁰¹ Lamarca Pérez advierte en cuanto a la calidad de las víctimas sobre la clara discriminación positiva en que incurre el Código tras la reforma operada por la LO 1/2004, al reservar una pena de prisión seis meses a un año para los casos de que la víctima sea mujer que conviva o haya convivido con el autor (o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), frente a la de tres meses a un año para el resto de miembros del clan familiar. LAMARCA PÉREZ, C. *Ob. Cit. Derecho Penal. Parte especial.* 2011. p. 138.

las amenazas que de manera ordinaria serían tratadas como una falta, pasan a ser consideradas delito si se da la especialidad de los sujetos activos y pasivos descritos⁶⁰². El último inciso (persona especialmente vulnerable), admitiría la posibilidad de que el actor fuese femenino y la víctima, de cualquiera de los dos géneros, al no hacerse distinción expresa por el Código Penal.

La misma circunstancia de conversión de la falta en delito⁶⁰³ aparece en el número cinco, para el caso de la amenaza leve con el empleo de armas u otros instrumentos peligrosos, y siempre que la víctima sea cualquiera de las personas que refleja el Art. 173.2, ya visto, salvando las recogidas en el párrafo anterior, siendo además la pena la misma que en el Art. 153.2⁶⁰⁴. La exigencia recogida en el tipo de considerarse leve la amenaza, aun en este caso, incluso con el empleo de arma o instrumento peligroso, obliga a una consideración como la ya hecha para el caso de la amenaza leve a esposa o exesposa, o mujer conviviente o exconviviente y a la persona vulnerable, es decir, que para apreciar la gravedad del mal y su adecuación para intimidar habrá que tener en cuenta las circunstancias personales del amenazado, la credibilidad que su anuncio suscite en ella, así como a la *mera* gravedad del mal con el que se amenaza.

Dicha controversia es ya advertida por la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado⁶⁰⁵.

El último párrafo del número cinco del Art. 171 reproduce lo ya introducido, igualmente, por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, en el número tres del Art. 153 (“se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”), por lo que hacemos válidas las consideraciones ya hechas en número doce de la Parte Cuarta de este trabajo, dedicado a ese artículo.

De igual manera, el párrafo seis y último del Art. 171 reproduce la cláusula de atenuación de las penas previstas en los apartados anteriores (“no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en

⁶⁰² La controversia surgida sobre la posible inconstitucionalidad de este tipo (habida cuenta de que la amenaza leve sin armas que profiere el varón hacia la mujer con la que está o estuvo casado o unido sentimentalmente –con o sin convivencia– es, en todo caso, constitutiva de delito, mientras que cuando el sujeto activo de la misma amenaza leve es mujer, la conducta es constitutiva de mera falta y castigada en atención a lo dispuesto en el Art. 620, con pena de localización permanente de 4 a 8 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 10 días, ha sido resuelta por la STC 45/2009, de 19 de febrero, al afirmar la constitucionalidad del delito de amenazas leves del Art. 171.4.

⁶⁰³ Se aprecia en el tipo que para que las amenazas leves sobre cualquier otro miembro familiar (exceptuada la esposa, ex esposa, novia o ex novia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), se exige que éstas se lleven a cabo con armas u otros objetos peligrosos, ya que de no concurrir estos medios, el hecho no revestiría carácter de delito, sino de falta, llevándose la conducta al Art. 620.2°. Asimismo, el diferente trato dado al sexo de la víctima podría hacer que el caso entre dentro de los parámetros de la inconstitucionalidad.

⁶⁰⁴ Llama la atención el hecho de que para un injusto objetivo más grave, la pena reservada sea más leve.

⁶⁰⁵ Según dicho texto: “la nueva redacción no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el Art. 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación siempre y cuando atendidas la entidad y circunstancias del hecho puedan reputarse como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es grave, por el principio de especialidad deberá acudir a la aplicación de los Art. 169 o de los restantes apartados del Art. 171 con la concurrencia, si procede, de la circunstancia agravante de parentesco del Art. 23 CP”.

sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”), para lo cual, igualmente se considera válido lo ya recogido para la misma fórmula atenuatoria en el párrafo *ut supra*.

14.2. El artículo 172 (apartado 2): Delito de coacciones.

El Art. 172 del vigente Código Penal recoge el delito de las coacciones (“El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”). El delito reflejado en el número 1, el tipo básico, es uno de esos delitos conocidos como de “recogida” debido a su carácter defensivo de la genérica libertad de obrar⁶⁰⁶. El tipo de las coacciones implica la injerencia antijurídica en la libertad de acción (obligar a otra persona a desplegar una conducta o impedir a otra persona realizar un comportamiento no prohibido sin poseerse legitimidad alguna para ello), cuando dicha intromisión se produce por medio de la violencia⁶⁰⁷.

Dada la vigencia del principio de especialidad en nuestro sistema penal, la vulneración de un aspecto más concreto de la libertad hallaría respuesta en otros tipos penales (p. ej., atentado contra la libertad sexual, que motivaría la aplicación de alguna de las figuras del Título VIII), sin embargo, el Art. 172 CP entra en aplicación cuando, no dándose un quebranto específico de un bien más delimitado, resulta afectada la libertad misma de actuación. Por lo tanto, cuando la lesión de la voluntad humana sea el presupuesto necesario o la consecuencia de la conducta del actor dirigida a atacar otro bien jurídico, el hecho se alejará del ámbito de aplicación del Art. 172 CP. O, dicho de otro modo, las coacciones aparecen como un delito residual, de modo que en la relación con otros delitos contra la libertad, pueden considerarse subsumidas por ellos.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, introduce en este artículo un segundo apartado con el tenor siguiente: “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o

⁶⁰⁶ Sobre la conducta típica del delito de coacciones, *vid.*, CAMPOS CRISTÓBAL, R. Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico. *Revista Penal* nº 6. Julio 2000, pp. 264 y ss.

⁶⁰⁷ La STS 163/2001, de 11 de julio, señala los requisitos del delito de coacciones al declarar que: “El delito de coacciones es una infracción penal que afecta a la libertad de obrar de las personas, requiriéndose para la existencia del delito que se haya producido efectivamente ese resultado. Los elementos precisos para su existencia son: 1º) Una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto. 2º) Que tal actividad se plasme en una conducta de violencia, cuya clase ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no solo una *vis physica*, sino también la intimidación o *vis compulsiva* e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*. 3º) Que esa conducta ofrezca una cierta intensidad, ya que si esta última fuera de tono menor aparecería como apropiada la apreciación de una falta. 4º) Existencia de un elemento subjetivo que incluye no sólo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza, sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena. 5º) Ausencia de autorización legítima para obrar en forma coactiva. 6º) También exige una antijuridicidad captada a través del reproche que el grupo social del entorno experimente por exigencias de la norma cultural y social que predomina en el desenvolvimiento de su normal convivencia”.

Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años⁶⁰⁸.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor⁶⁰⁹.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza; no obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”, para los casos relativos a la delincuencia en estudio.

14.2.1. Conversión en delito de la anterior falta de coacciones.

Por este delito, novedoso en el Código Penal desde 2004⁶¹⁰, se eleva, al igual que ocurre con las amenazas, a la categoría de delito lo que antes era una falta de coacciones del Art. 620.2, en aras, como ya se ha apuntado, de conseguir para este tipo de delincuencia *especial* en orden a sus sujetos activo y pasivo, la imposición de pena de prisión⁶¹¹, que en este caso será de seis meses a un año, si bien, presentando como alternativa, la pena *menos grave* de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. La pena de prisión aludida, como vemos, será la ya conocida, impuesta en los casos de los Arts. 153.1 y 172.2 CP, de seis meses a un año.

El segundo párrafo de este segundo apartado recoge la posibilidad de que la víctima lo sea una persona especialmente vulnerable; esta cláusula admitiría la posibilidad de la comisión de este delito por una mujer y que la víctima fuese, independientemente, hombre o mujer, situación expresamente querida por el legislador, asignándose además, la misma pena.

El segundo apartado del Art. 172 reproduce, asimismo, las cláusulas

⁶⁰⁸ Para Sotorra Campodarve, la intensidad de la injuria se extraerá de los datos circunstanciales, precedentes y coetáneos que envuelvan la acción”. SOTORRA CAMPODARVE, M. C. *Ob. Cit.* Persecución Penal. En RIVAS VALLEJO, M. P. / BARRIOS BAUDOR, G. (Dirs.). *Violencia de Género perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. p. 774.

⁶⁰⁹ Al igual que en el ya analizado delito de amenazas en el ámbito familiar, la redacción del tipo de las coacciones en el mismo ámbito se ha hecho diferenciando el sexo del autor y de la víctima, ya que se echa de ver que en el 2º párrafo no se hace ningún tipo de mención a las demás personas descritas en el Art. 173.2 (hijos, padres, marido, compañero...), lo que lleva a concluir que, cuando las víctimas de las coacciones leves sean estas personas, habrá que castigar el hecho únicamente con la falta del Art. 620.2º; dicha diferencia en el castigo en función del sexo de la víctima lleva el caso de las coacciones aún más cerca de los dominios de la inconstitucionalidad incluso que el ya visto de las amenazas.

⁶¹⁰ En relación a ello, LARRAURI PIJOAN, E. no “termina de enterder porqué la LO 1/2004 ha agravado la pena para las coacciones, y sin embargo, “no haya regulado un delito de acecho para castigar específicamente a quien tiene como objetivo controlar e intimidar a la ex pareja precisamente sin violencia”. *Ob. Cit. Criminología crítica y violencia de género*. p. 43.

⁶¹¹ *Vid.* STS 192/2011, de 18 de marzo, dimanante de la instrucción de hechos por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 4 de Sevilla (Procedimiento Abreviado n.º 78/09, por delitos de detención ilegal y maltrato en la pareja), remitido a la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que se recoge (FJ Duodécimo 4) que “cabe admitir la pretensión subsidiaria del recurso para que esa conducta sea tipificada como coacción grave conforme al Art. 172 del Código Penal. Lo que nos lleva a mantener su punición bajo el Art. 153 del Código Penal como coacción leve a persona de las previstas en dicho precepto vigente al tiempo de los hechos”.

agravatoria y atenuatoria conocidas, recogidas en todos los artículos estudiados hasta ahora.

Al igual que ocurre en el caso de las amenazas, el propio Código Penal impone la distinción entre coacciones graves y leves⁶¹², sin dar sin embargo, pauta para ello, en todo lo que respecta a su distinción con la falta de coacciones del Art. 620.2º. No obstante, hay que señalar que los requisitos de la falta son los mismos que los del delito; la diferencia radica en la gravedad, la cuál ha de consistir más en el calado de lo que se obliga a hacer u omitir, que en el acto intrínseco de la coacción⁶¹³.

14.3. El artículo 620 (Apartado 2º): Las faltas de violencia doméstica.

14.3.1. Las amenazas leves.

Recoge el segundo apartado del Art. 620 CP: “2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”⁶¹⁴.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el Art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”⁶¹⁵.

En cuanto a la falta de amenazas, ésta vio en el 2004, por la modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, cómo se convirtió en delito la tradicional falta cuando las amenazas lo fuesen “a quien sea o haya sido

⁶¹² En cuanto a la frontera para este tipo, entre delito y falta, Morán Mora. la sintetiza en sentido negativo, al decir que “cuando la violencia ejercida posea una menor intensidad de manera que no pueda encuadrarse en la violencia típica del delito de coacciones, entrará en juego la falta del 620.2º”. MORÁN MORA, C. El delito de coacciones. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios al nuevo Código Penal*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi. 2001. p. 253.

⁶¹³ La sentencia 389/2007, de 7 de diciembre, del Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada, nos aclara a este respecto que: “La diferenciación entre el delito y la falta depende de la intensidad del acto violento que ha de alcanzar una determinada importancia, necesario para su integración en el delito y no en la falta, radicando en definitiva la diferencia con la falta en la gravedad o levedad de la violencia y en las características del resultado, lo que exige de una apreciación circunstancial relativista y de acentuado casuismo, distinción meramente cuantitativa y requisito indispensable la concurrencia de la *vis* en cualquiera de sus modalidades. *Vid.* asimismo STS 1181/97, de 3 de octubre: “en este caso, la gravedad de los hechos, las circunstancias en las que se produce la coacción, las graves consecuencias para el afectado y terceras personas, determinan en definitiva la consideración de los hechos como delito de coacciones del artículo 172 CP”.

⁶¹⁴ Extremo este último de obligada inclusión por el legislador al elevarse a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves. Por ello, tales conductas punibles se castigarán como falta, siempre y cuando las mismas no sean constitutivas de delito.

⁶¹⁵ A criterio de SOTORRA CAMPODARVE, M. C., “efecto directo de todo ello ha sido, por un lado, la modificación del Art. 620 del Código Penal, que regula los mismos comportamientos cuando son constitutivos de falta, de modo que, por necesidades de coherencia del texto definitivo, se añade a los mismos un párrafo de residualidad, que dispone que las referidas conductas serán castigadas con la penalidad incorporada al mencionado artículo, *salvo que el hecho sea constitutivo de delito*”. *Ob. Cit.* p. 774.

su esposa, o mujer que esté haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que con él conviva”, por el autor de las mismas⁶¹⁶. La pena asignada será la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, pena correspondiente a un delito⁶¹⁷, residenciándose el tipo en el número cuatro del Art. 171 del Libro II. De esta conducta se echa de ver la diferencia en cuanto a la coetaneidad de la convivencia con el hecho delictivo enjuiciado, exigible en el caso de la persona especialmente vulnerable, y no en el caso de la compañera, o excompañera. Por analizada ya esta conducta, aquí simplemente diremos que actualmente, la única posibilidad de comisión de falta de amenazas en el ámbito doméstico será la recogida en el Art. 620.2º y para cuando las víctimas sean las personas recogidas en el Art. 173.2, y por ello, excepción hecha de la esposa o conviviente, exesposa o exconviviente y persona especialmente vulnerable que con el autor conviva⁶¹⁸.

14.3.2. Las coacciones leves.

Figuran igualmente como falta en el Art. 620.2 CP para los casos de las personas recogidas en el Art. 173.2 CP (descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados), ya que al igual que ocurrió con la falta de amenazas, la Ley Orgánica 1/2004 convierte en delito las antiguas faltas de coacciones cuando estas tengan como destinatarios a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad⁶¹⁹, aun sin convivencia, o a persona especialmente vulnerable que con él conviva, lo que nos devuelve a la problemática de la necesidad de la coetaneidad de la convivencia con el hecho delictivo enjuiciado en el caso de la persona especialmente vulnerable y no en el caso de la

⁶¹⁶ En la exposición de motivos de la LO 11/2003 se justifica que la razón por la cual se elevaron estas conductas de falta a delito es puramente pragmática: “Poder tratarlas procesalmente como delitos”.

⁶¹⁷ Para SOTORRA CAMPODARVE, M. C. “resulta indudable intuir la difícil decisión del legislador al optar por esta intensa represión de conductas de tan escasa entidad. En principio, tal regulación parece obedecer a la convicción de que la amenaza puede estar revestida de visos de verosimilitud, identificándose así esta nueva regulación con el intento de eliminar reducir en la medida de lo posible las sanguinarias estadísticas, única razón que explicaría la modificación de su consideración penal”. *Ob. Cit.* p. 773.

⁶¹⁸ En cuanto a la posible vulneración del principio de proporcionalidad, se pronunció la STC 59/2008, de 14 de mayo, resolviendo que no existía la alegada desproporción “en la medida en que el legislador dispuso como pena alternativa a la prisión de 3 meses a 1 año, la de trabajos en beneficio de la comunidad, de forma que si el juzgador, en el juicio de proporcionalidad que ha realizar en relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, entiende que la primera resulta excesiva, siempre puede recurrir a la segunda”.

⁶¹⁹ Regulación que nos devuelve a la problemática de la proporcionalidad, sobre la cual escribe con acierto González Rus, que “paradójicamente de la penalidad asignada van a derivarse efectos indeseables, pues lo desmesurado de la respuesta penal puede generar una cierta reticencia en juzgados y tribunales a imponer penas tan desproporcionadas, buscando subterfugios y abriendo agujeros que acaben vaciando el tipo penal”. GONZÁLEZ RUS, J. J. Las lesiones. En COBO DEL ROSAL, M, *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanchh. 2005. p. 158.

compañera o excompañera.

14.3.3. Las injurias leves.

Antes de entrar en el análisis de la problemática relativa a la consideración del carácter leve de las injurias, debemos analizar en qué consiste la conducta y qué aspectos de la personalidad vulneran su comisión. La injuria se encuentra localizada en el Título XI del Código Penal, que lleva la rúbrica “Delitos contra el honor” y, dentro del mismo, el Capítulo I está dedicado al delito de calumnia, el Capítulo II al de injurias y el Capítulo III a las disposiciones generales a ambos⁶²⁰.

La STC 60/2001, de 26 de febrero, ha afirmado que el honor, como objeto del derecho consagrado en el Art. 18.1 CE es un “concepto jurídico indeterminado⁶²¹ cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento⁶²², y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege⁶²³”.

En su modalidad de delito –definición aplicable a la propia falta de injuria, cuya distinción, basada en la gravedad de lo afirmado se abordará después–, las injurias se recogen en el Art. 208 CP: “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. En el tipo se echa de ver que, si bien no se limita la materia de expresión, que puede ser de palabras, escritos, actos y aun gestos, y versar sobre no importa qué vicio o defecto, delictivo o no, en cambio se requiere, como veremos, una finalidad o ánimo ofensivo⁶²⁴. El delito se considera revestido de un amplio campo de acción personal, por cuanto que sujeto pasivo de la injuria no solamente lo es el imputable, sino cualquier persona física o moral, sin restricción alguna, por lo que el delito va a presentar una naturaleza eminentemente subjetiva y abierta.

⁶²⁰ Previamente, hemos de intentar determinar qué se entiende por honor. En un sentido subjetivo, por honor se entiende “la conciencia y sentimiento de la persona, de su valía y prestigio”. En un sentido objetivo, es “el juicio que de una persona tienen los demás”. Actualmente, predomina sobre el sentido subjetivo del mismo, el concepto objetivo, equiparándose al de dignidad humana, cuyo respeto es elevado al rango de principio constitucional (Art. 18.1 CE). Así, hoy, el honor constituye la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. De todas formas y como reminiscencia histórica de la anterior concepción del honor, se sigue hoy considerando la injuria como delito privado que requiere para su perseguibilidad la querrela del ofendido, como después tendremos ocasión de analizar para este caso concreto.

⁶²¹ Para Queralt Jiménez, pocos delitos “plantean tantas dificultades para la determinación del bien jurídico. En primer lugar, porque se confunde tácitamente honor con objeto de protección de los tipos jurídicos-penales que contienen los delitos contra el honor. En segundo lugar, *se confunde todo ataque al honor con un injusto penal*, lo que es radicalmente incorrecto: el honor, en tanto que bien disponible, *ante todo es una cuestión civil*”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Ob. Cit. D. Penal español. Parte especial*. 2010. p. 323.

⁶²² En este sentido, Berdugo Gómez de la Torre ya señalaba en 1984 que “hay una parte del honor, en cuanto deriva del componente dinámico de la dignidad, que depende del nivel de participación del individuo en el sistema social y que, por tanto, es graduable y diferente en cada uno; mientras que hay otra parte, emanación de la dignidad misma, que es igual para todos”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*. ADPCP. 1984. p. 1.

⁶²³ Igualmente, SSTC: 180/199, de 11 de octubre, y 297/2000, de 11 de diciembre.

⁶²⁴ Donde vemos que sólo las injurias graves constituirán delito. El vigente Código Penal rechaza cualquier tipo de catálogo de injurias graves, tal y como hacía el antiguo Art. 458, decidiendo el legislador no describir a priori los elementos que determinan la cualidad de grave.

En cuanto a los elementos de este delito, podemos distinguir entre el objetivo y el subjetivo.

1) Elemento objetivo: La acción consiste tanto en imputar hechos, como en formular juicios de valor deshonrosos. Puede realizarse tanto verbalmente como por escrito.

Es discutible si es posible la comisión por omisión, ya que la terminología empleada por la Ley (“acción o expresión”) tiene un inequívoco matiz activo o positivo que parece oponerse a ello. Sin embargo, ello no impide el que una actitud omisiva pueda considerarse injuriosa en determinadas circunstancias: el omitir ciertos gestos *esperados* en público, puede ser un modo adecuado de manifestar ostensiblemente menosprecio. Cuando la omisión vaya acompañada de gestos o actitudes ofensivas como por ejemplo, volver la espalda despectivamente, la incriminación tendrá su base en las alusiones implicadas en el conjunto del comportamiento.

Ahora bien, la acción u omisión, para ser delito –y he aquí la diferencia con la falta en estudio–, han de tener un significado objetivo y gravemente ofensivo, es decir, ha de considerarse desde un punto de vista social, que atentan contra la autoestima de otra persona. Obviamente, este significado ofensivo va a depender de las más variadas circunstancias. Expresiones que antiguamente se consideraban altamente ofensivas pueden ser hoy, inocuas. Incluso geográficamente está condicionado el significado de las palabras. También depende de la posición social de los sujetos y, en general, del conjunto de circunstancias que concurran en el caso concreto. En todo caso, el párrafo 2º del Art. 208 especifica que “solamente serán constitutivas de *delito* las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”⁶²⁵. Por consiguiente, no cualquier ataque contra la autoestima del otro integrará el delito de injurias, sino únicamente los que, con arreglo a la conciencia social, posean una entidad suficiente, que asimismo habrá de precisarse en cada caso concreto. A este respecto, sin embargo, el propio Código Penal precisa, en el párrafo 3º del mismo Art. 208, que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Si estos hechos son susceptibles de calificarse como delictivos estaremos, como ya hemos visto, ante un delito de calumnias. Y por ello, las injurias que carezcan de la cualidad de “graves” podrán tener cabida en la falta prevista en el Art. 620. 2º del propio Código.

2) Elemento subjetivo: Viene constituido por los elementos del conocimiento y la voluntad de la acción de injuriar⁶²⁶. Aun así, debe además

⁶²⁵ Para el profesor Vives Antón “lo grave representa un momento normativo pendiente de elaboración, para cuya concreción el texto de la ley remite al Juez a las valoraciones que, efectivamente, realice la sociedad en su conjunto. No puede, pues, el aplicador del Derecho utilizar su propio criterio ni el ámbito social en que se desenvuelva; sino que ha valorar qué es lo que la sociedad como tal considera grave y lo que no. De ahí la importancia de la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial relativa al enjuiciamiento de esos delitos por parte del Jurado”. VIVES ANTÓN, T. (AA.VV). *Derecho Penal. Parte Especial*. 1996. pp. 275 y 276.

⁶²⁶ Aun así, a criterio de VIVES ANTÓN, T. “la concurrencia de ánimos distintos del de injuriar no siempre desplazará a éste, sin perjuicio de que la conducta pueda resultar justificada. Acciones que podrían considerarse injuriosas, pero que tienen una intencionalidad meramente informativa o de crítica

concurrir una intención específica de injuriar, el llamado “animus injuriandi”.

No basta, pues, con que la expresión sea objetivamente injuriosa y con que el sujeto lo sepa, sino que se requiere además este especial ánimo de injuriar; se trata de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que llega a trascender a él. Su exigencia la encontramos en la propia naturaleza del delito y en la redacción literal del Art. 208, evidenciada en el uso del gerundio “menoscabando”, “atentando” al que vamos a atribuir un sentido final o tendencial. Así, el “animus injuriandi” como elemento subjetivo del injusto va a afectar a la antijuridicidad, pero no a la culpabilidad, y se traduce en la conciencia de las acciones ejecutadas o expresiones proferidas, y de su adecuación para exteriorizar el menosprecio, o deshonrar o desacreditar al sujeto pasivo⁶²⁷.

El presente delito, posee unas condiciones objetivas de procedibilidad, ya que el Código Penal dispone en el Art. 215.1º que la calumnia y la injuria sólo son perseguibles por querrela del ofendido o de su representante legal, si bien “se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargo”.

Y para finalizar, diremos que en el párrafo 3º del Art. 215 –artículo redactado conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio– se recoge una disposición, en cierto modo superflua, pues ya se encuentra con carácter general para todos los delitos perseguibles a instancia de parte en el Art. 130.5º; así, el párrafo citado del Art. 215 establece que “El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código” –precepto igualmente modificado por la Ley Orgánica 5/2010–.

El párrafo al que el artículo remite, dispone que “en los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquellos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena”.

En cuanto a lo que aquí nos ocupa, una vez definido el término injuria y el bien jurídico que dicha acción termina lesionando, se impone el distinguir cuándo dicha forma de violencia es de carácter grave o leve⁶²⁸. Para ello, el propio Código Penal, en el Art. 208, segundo párrafo, aclara que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”⁶²⁹.

constructiva (*animus narrandi* o *criticandi*) o en un contexto humorístico o festivo (*animus jocandi*) no constituyen delito”. *Ob. Cit.* p. 286.

⁶²⁷ La STC 41/2011, de 11 de abril, recoge que “la concurrencia, en la conducta enjuiciada como eventualmente constitutiva de injuria, de otros ánimos (*narrandi, corrigendi, iocandi*) no excluye el ilícito, si se añaden al dolo delictivo, pero pueden legitimar la conducta, si excluyen tal dolo, o conforman el ejercicio legítimo de un derecho (especialmente, en el ámbito de los delitos contra el honor, de las libertades de expresión o de información)”.

⁶²⁸ Para LAMARCA PÉREZ, C., “la determinación de la gravedad de una concreta injuria sólo puede hacerse a través de un juicio de valor que es de por sí relativo, al estar sujeto, de forma necesaria, a la circunstancialidad de su formulación (talantes de los sujetos activos y pasivos, relaciones entre ellos, ámbito en el que se produce el comportamiento enjuiciado, o reconocibilidad y trascendencia pública de la injuria o consecuencias de la misma, entre otros factores)”. *Ob. Cit.* p. 216.

⁶²⁹ Suárez-Mira Rodríguez reprocha al respecto que “esta apelación al juicio que la comunidad haga de la

Por todo ello, tras las exigencias vistas para poder acordarse cuándo nos encontramos ante una falta de injuria, el Art. 620.2º CP, recoge en su párrafo tercero la posibilidad de que la misma entre a formar parte de la violencia en el ámbito doméstico, consignando que se dará tal caso cuando las víctimas sean las reservadas en el Art. 173.2 CP, que ya conocemos.

Se impone ahora una mención a la exigencia recogida en el último párrafo del artículo, referida a la previa presentación de *denuncia* de la persona agraviada o su representante legal para la persecución de la falta de injuria en estudio –lo que no se exige para el resto de las conductas calificadas de falta en el artículo–, aspecto procedimental que confronta con el recogido en el Art. 215 CP para la persecución de la injuria que reviste carácter de delito: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de *querrela* de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”.

Nada dice el Código al respecto de la eficacia del perdón en relación con la falta de injuria, ni en su modalidad ordinaria, Art. 620.2º, primer párrafo, ni en su vertiente integrante de la violencia en el ámbito familiar, Art. 620.2º, último párrafo, por lo que, atendiendo a la relación existente entre aquellos delitos que admiten la posibilidad de su comisión a título de falta y la propia falta, en su consideración residual habitual de apreciarse la misma cuando no se den los caracteres que permitan al hecho enjuiciarse como delito, va a entenderse aplicable lo recogido en el ya analizado Art. 215.3 CP: “El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código”, que por su parte recoge: Art. 130: “La responsabilidad penal se extingue: Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla”⁶³⁰.

14.3.4. La falta de vejaciones leves.

Dicha falta se regula, igualmente, en el segundo apartado del Art. 620, recogiendo su modalidad comitiva relativa al ámbito doméstico en el último párrafo del artículo, para los casos de que ésta sea dirigida contra las personas

acción o expresión injuriosa introduce una notable dosis de inseguridad e incertidumbre a la hora de valorar si concurre o no el delito, hallándonos ante un tipo muy abierto que se asienta en elementos normativos de difícil circunscripción. El Juez o Tribunal se verá obligado a representarse si la injuria posee suficiente gravedad según criterios sociales, atendida su naturaleza, efectos y circunstancias. De tal modo no es fácil representarse ex ante si una determinada injuria acabará mereciendo dicha consideración, resultando entonces delictiva, o no; pero aún pudiera incluso ser considerada falta (artículo 620.2 del C. Penal). Todo esto desafía en buena medida las exigencias derivadas del principio de legalidad”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), (AA.VV). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Thomsom. 2004. p. 191.

⁶³⁰ En este sentido, expone QUERALT JIMÉNEZ, J. que “No se ha de confundir –y tradicionalmente se ha hecho y se empecina el Código Penal en el error– la libertad de disposición sobre un bien y su protección con la disposición de los mecanismos del Estado una vez puestos en marcha por quien podía ponerlos, aquí, el particular o el funcionario. Supone una dejación del ius puniendi escandalosa y propicia a todo tipo de fraudes y presiones”. *Ob Cit. Derecho Penal español. Parte especial*. 2010. p. 357.

previstas en el Art. 173.2 CP⁶³¹, y siempre que para ello, no se emplee arma u otro instrumento peligroso, según se aprecia en la primera línea del párrafo tercero del apartado segundo, en cuyo caso, el hecho será enjuiciado como mera falta de vejaciones leves, con empleo de arma o instrumento peligroso, y con apreciación de agravante de parentesco.

Dicha falta, encuentra la posibilidad de ser cometida con carácter de delito en el propio artículo 173, que por ya visto, aquí simplemente mencionaremos.

14.3.5. Consideraciones comunes a las cuatro faltas vistas.

La pena asignada para todos los casos en los que la comisión de la falta entrañe violencia en el ámbito familiar o asimilado, es la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días⁶³², ambas penas leves, según el Art. 33.4 CP, como corresponde a las faltas.

La exigencia de que la primera de las penas con que se castiga esta falta se lleve a cabo “siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima”, planteará numerosos problemas en la práctica; en primer lugar, requiere el acuerdo de que la víctima tenga adquirido el derecho a la permanencia en el domicilio en el que –sea lo más habitual–, hayan tenido lugar los hechos (recordemos que esta falta forma parte de la “delincuencia doméstica”), y por ello, sea el actor quien deba transitoriamente abandonar dicha vivienda, y en segundo lugar, se plantea el problema de la ubicación del autor, ya que no siempre se dispondrá de un segundo domicilio para el cumplimiento de la pena⁶³³. En este segundo aspecto, y al tratarse de una pena recogida en el Art. 35 CP como integrante de las privativas de libertad⁶³⁴, nos encontraremos, con harta frecuencia, con el caso de que, en defecto de un ulterior domicilio en el que cumplir la pena de localización permanente, ésta debía cumplirse, si bien como última ratio, en el interior de un centro penitenciario, según permitía la exposición de motivos del Real Decreto 515/2005: “En el capítulo III se regula básicamente la definición del plan de ejecución de la pena de localización permanente que debe efectuarse por el establecimiento penitenciario correspondiente, de acuerdo con lo que disponga el juez o tribunal sentenciador y en atención a las circunstancias personales y sociales del penado, y que preferentemente no se llevará a cabo en un establecimiento penitenciario ni en un depósito municipal”, con lo que podrán darse en la práctica situaciones que impliquen el ingreso en un establecimiento penitenciario para el cumplimiento de una pena leve impuesta por la comisión de una falta. Dicha situación ha sido

⁶³¹ Vid. SAP Alicante 39/2011, de 21 de enero, donde se recoge que “éstas deben tratarse de manifestaciones que no se deben consentir en la sociedad y que merecen el reproche punitivo”.

⁶³² Pena esta última que en la reforma operada en el Código Penal por la LO 15/2003, pasa a ser conforme al Art. 35 CP una pena privativa de libertad autónoma, leve (Art. 33.4 g CP) y generalmente alternativa, normalmente respecto de la pena de multa, suponiendo ésta (junto con el Art. 626 CP) la única excepción a ello, al ser alternativa respecto de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad.

⁶³³ Por ello, será el penado quien habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: Ser diferente al de la víctima y alejado del mismo.

⁶³⁴ Y teniendo en cuenta su exposición de motivos “En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos”.

actualmente dotada de mayor amplitud al venir expresamente recogida en el Real Decreto 84/2011, de 17 de junio, que deroga expresamente el anterior, y que regula –entre otras–, en su capítulo III las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente en centro penitenciario para aquellos casos en los que en la resolución judicial se acuerde que el lugar de cumplimiento de esta pena sea específicamente una prisión⁶³⁵.

CONCLUSIONES.

1. El fenómeno de la violencia doméstica ha alcanzado en nuestros días una posición tal que ha venido a mediatizar en múltiples ocasiones la política social de los Estados de la órbita Occidental, los cuales se han visto en la inevitable necesidad de dotar a sus respectivos ordenamientos jurídicos de los mecanismos necesarios para combatirla.

2. La violencia ha sido y es utilizada como un instrumento de poder y dominio del fuerte frente al débil, del adulto frente al niño y del hombre frente a la mujer, a través del tiempo, permaneciendo en la actualidad, ya que la violencia desplegada en el seno de la familia está presente de forma alarmante en las sociedades contemporáneas. El fenómeno es extremadamente complejo, poseyendo dimensiones tanto estructurales como de índole cultural.

3. Por violencia intrafamiliar vamos a entender toda acción u omisión –casos de abandono, falta de atención debida– hecha por los miembros que conforman el grupo familiar –ya sea por afinidad, consanguinidad o incluso filiación (el Código Penal en el Art. 173.2 refiere: “...persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo familiar...”–), sobre otro u otros miembros, y que transforme las relaciones entre ellos, en violentas, causándoles un menoscabo físico, emocional, sexual, económico o incluso social.

4. Dicho modo de violencia es, en la mayoría de los casos en que concurre, un modelo de conductas coercitivas aprendidas y reproducidas automáticamente siempre que aparezcan las premisas adecuadas.

Sus efectos derivan –sin perjuicio de las lesiones tangibles– en el distanciamiento de sus miembros y en cambios radicales en su comportamiento tanto dentro como fuera del seno familiar. Estos efectos van a ser, psíquicos: los que se refieren a la caída de la autoestima y el consecuente estrés emocional fruto de las tensiones que produce el hecho violento en el sujeto pasivo; o psicosociales: de carácter interno, relacionados con la vulneración de los derechos fundamentales del miembro o miembros de la familia sobre quién recae el hecho lesivo, o externo, aquellos que tienen que ver con el aislamiento de la víctima de su entorno social e incluso familiar, habitualmente para con la familia de origen en el caso de las mujeres.

⁶³⁵ Art. 2, 2º párrafo del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio: “No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado”. El Real Decreto dedica además íntegro el Capítulo III (Arts. 12 y 13) al “cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario”.

En el caso de que la víctima sea un menor de edad que convive con el autor, se considera altamente probable que al llegar a su etapa madura reproduzca ese comportamiento aprendido, convirtiéndose en un sujeto similar al que en su momento condicionó el desarrollo de su personalidad, transformando en víctimas a los miembros más débiles que conformen su entorno, manteniéndose por ello esa espiral de violencia.

5. Definido el término –y los efectos– de este concreto tipo delictivo, el presente estudio se ha encontrado, a la hora de analizar la literatura que le ha servido de apoyo, con lo difuso de la frontera que existe entre las conceptualizaciones de delincuencia “doméstica” -o intrafamiliar-, y “violencia de género”, término “oficialmente” creado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; norma verdaderamente innovadora del “maltrato de género”, o violencia “machista” y que ha dejado huellas de su presencia en varios órdenes sociales, llegando incluso a crear juzgados propios, un procedimiento específico y una figura propia de persecución de los infractores de la norma.

La indeterminación de ambos términos, y lo imbricadas que están en muchos casos las acciones que podrían interpretarse como pertenecientes al ámbito familiar o al de género, haría necesaria una mayor concreción y definición de qué conductas afectan el entorno familiar y cuáles, sin embargo, exigen únicamente el condicionante del género de la víctima, habida cuenta de que en la mayoría de los casos, la mujer agredida es miembro del hogar (“...cuando la ofendida sea o haya sido esposa...”), y por ese motivo, las lesiones a ella producidas van a deteriorar, en ocasiones sin remedio, todo el entorno familiar dentro del que, como se explica, éstas se producen. Al contemplar todos los preceptos constitucionales que proscriben la discriminación y exigen la igualdad del trato dispensado por el ordenamiento jurídico podemos afirmar que nos encontramos ante una realidad huérfana de una normativa específica para proteger al resto de los miembros de la familia ya ocurre con las mujeres, cuando objetivamente podemos considerar que son incluso más débiles que ellas.

6. Por ello, en orden a elaborar una definición de la “violencia de género”, ésta sería aquella violencia que se da únicamente cuando existe o ha existido una relación sentimental entre agresor y víctima, perteneciendo aquel al sexo masculino y ésta al femenino y que dicha condición sea determinante en el *animus* del autor. La relación indicada debe ser análoga a la conyugal, aún cuando no hubiera habido convivencia.

Conviene indicar que la relación no tiene por qué estar vigente al tiempo de la comisión del hecho o hechos delictivos, sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión; sería aquella que se dirige contra las mujeres por el hecho mero hecho de serlo y se manifestará a través de cualquier acto de violencia física o psicológica, de agresión a su libertad sexual, o por medio de amenazas, coacciones o privación de libertad.

7. Por el contrario, por “violencia doméstica” vamos a entender toda la violencia ejercida contra cualquiera de las personas descritas en el artículo 173.2 del Código Penal, a las que otorga especial protección, ya sea por la situación de dependencia entre agresor y víctima –hijos respecto de los progenitores–, o por una relación legal –tutor respecto al declarado incapaz en un procedimiento civil–.

Se aprecia que este precepto no establece ningún *numerus clausus* de relaciones defendibles, sino que deja abierta la posibilidad de ampliar los supuestos, al decir que se aplicará “sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

La referida violencia se interpreta como aquella que se traduce tanto en cualquier forma abusiva de interpretar de modo permanente o cíclico las relaciones familiares, como cualquier acción o conducta que cause daño o sufrimiento físico, psíquico o sexual sobre uno o varios miembros de la familia, plasmada en la violencia que se produzca entre miembros del seno familiar: de un padre a un hijo, de un hermano a otro o de la mujer al marido o compañero.

8. Si admitimos que la violencia de género es la que ejerce el hombre contra la mujer, mientras que la violencia doméstica se produce dentro del seno familiar, ello nos llevaría a concluir, que la primera se encuentra incluida dentro de la segunda, a modo de especie; un criterio que podría deducirse del tenor establecido por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 al aseverar que en el maltrato que realiza un hombre contra su mujer existe un mayor gravedad de la culpabilidad, ya que el la causa de esa conducta se encuentra en la discriminación por razón del sexo femenino, hecho que integra un elemento subjetivo de la culpabilidad que dejan fuera de esa regulación, por ejemplo, a las agresiones de las mujeres contra sus parejas femeninas; es decir, la discriminación que el hombre comete sobre su pareja mujer atribuye una “especialidad” a la violencia de género sobre la violencia doméstica, admitiendo, no obstante todos sus elementos definitorios.

9. El ordenamiento jurídico español cuenta con una ley específica que, además de definir el concepto de “género” en relación a la potencial violencia que éste puede sufrir, ha endurecido el castigo a los actos en que pueda materializarse, en el vigente Código Penal: el Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que recoge la tutela penal, modificó el Art. 148.4º CP para el delito de lesiones, estableciendo una agravante para los casos en que la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. El Art. 153.1 CP, castiga con pena superior al varón frente a la mujer, para el caso de que aquel sea el autor, e inferior si el hecho delictivo lo comete la mujer sobre el hombre.

Ocurre lo mismo en los Arts. 171.4 y 172.2 CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; y también se recogen diferencias punitivas en los delitos de amenazas y coacciones (Arts. 38 y 39 LO 1/2004), creando unos protocolos propios para la protección de sus víctimas en detrimento del resto de víctimas que comparten espacio con el agresor –en el capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre: “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, bien al referirse expresamente a mujeres (como es el caso del Art. 62), bien al referirse al Juez de Violencia sobre la Mujer; o bien al referirse a los procedimientos relacionados con la violencia de género, que, conforme a su articulado, exigen que la víctima sea de sexo femenino; dejaría desamparado al sujeto varón así como al resto de componentes del clan

familiar-.

Dichos fundamentos materiales (agresor varón y víctima, mujer o exmujer que conviva o haya convivido con el autor) van a ser exigidos *in fine* por el Código Penal para el castigo agravado de los malos tratos, las lesiones (si bien no todas, ya que el legislador ha declarado que cuando existe tratamiento médico o quirúrgico posterior, las lesiones recogidas en los Arts. 147 y ss. CP son preferentes sobre las contenidas en el Art. 153), las amenazas leves y las coacciones leves, sobre las cuales improvisa una figura novedosa, calificable como *delito leve*, ya que el redactor de la LO 1/2004 creó unas formas con carácter y sanción de delito de idéntica redacción a las que el propio Código tenía ya descritas para las faltas ante las mismas conductas.

Por esta razón, el legislador establece la posibilidad de aplicación de la sanción tanto de delito como de falta a las amenazas y a las coacciones, resultado de la coincidencia en la descripción de la conducta típica de los Arts. 620.2º, 620 *in fine*, 172 apartado 2 y 171 apartado 4 CP. Si a esto añadimos que, además, los tipos de las amenazas –graves y menos graves– y las coacciones –tipo básico– cuando se den los requisitos exigidos en cada uno de ellos, serán de preferente aplicación sobre los Arts. 171 apartados 4º y ss., y 172 apartados 2 y ss. CP, llegamos a una incongruencia jurídica, (tanto en materia de lesiones como de amenazas y coacciones), cuyo resultado implica que un mismo hecho puede ser contemplado desde una doble perspectiva, concluyéndose que la específica protección que contiene nuestro ordenamiento es la mera respuesta al desequilibrio en el reparto de los roles sociales que todavía sitúa a la mujer en una posición subordinada y dependiente de su compañero.

Esa especial exposición al riesgo ha sido traducida en un mayor castigo al varón que agrede en el seno de una relación, olvidando el texto punitivo, sin embargo, tanto el específico castigo al resto de mujeres con él convivan –madre, hija, hermana–, como a las demás mujeres, que aunque no compartan con él espacio, sí que pueden sufrir sus actos violentos por motivo de su condición femenina, lo cual nos lleva a la pregunta de si no nos encontramos frente a un verdadero Derecho Penal de autor –proscrito por el ordenamiento–, habida cuenta del actual castigo al varón que agrede en una relación de pareja, pero sólo bajo dicha premisa, dejándose fuera el resto de “relaciones” en las que idénticamente interactúan hombres y mujeres y en las que de igual manera se podría proteger a la parte que tradicionalmente en más ocasiones resulta víctima de eventuales agresiones; sin perjuicio de un segundo acercamiento del vigente Código Penal al referido Derecho Penal de autor si constatamos que la consideración de mayor vulnerabilidad en la mujer pareja se corresponde con la de mayor peligrosidad en el varón, lo cual presupone un “estado peligroso” ajeno al aceptado Derecho Penal del hecho.

Aún así, no debe restarse importancia a esta norma, que apareció en un momento histórico en el que se consideró alarmante el número de mujeres fallecidas a manos de sus parejas o exparejas (68 víctimas en 2009; 73, en 2010; 61 en 2011, 52, en 2012; 48 en 2013; a fecha de 30 de mayo de 2014, 25 mujeres), si bien no debe olvidarse esa máxima de que “si quien tiene la razón pierde las formas, pierde la razón”.

Datos ante los que las últimas modificaciones del Código Penal en la materia que analizamos no modifican los delitos contra la vida, ni recogen

cláusula alguna que agrave los delitos contra la libertad sexual para los casos en los que la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, quedando igualmente olvidados de modificar los Arts. 149 y 150, relativos a las lesiones de mayor gravedad, las amenazas y las coacciones graves, las torturas y otros tratos degradantes, las detenciones ilegales y los homicidios cuando la víctima sea la ya aludida, lo cual no se corresponde con el número 3 del Art. 1 de la última de las modificaciones operadas en este sentido en el Código, la que tiene lugar por la Ley Orgánica 1/2004, que recoge que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley 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”.

10. La diferenciación entre la violencia doméstica (intrafamiliar) y la de género –respecto al mencionado detrimento de las restantes víctimas que comparten espacio con el autor– sería la responsable de la imposibilidad de aplicar esta normativa específica a los casos en los que la víctima del maltrato psicológico o físico fuera el esposo o exesposo a manos de la mujer, debiendo “resignarse” el mismo a ver cómo su situación se define como violencia intrafamiliar, reservándose para la autora una pena menor, no gozando éste de la especial protección que brinda el cúmulo de medidas cautelares diseñadas para la perspectiva del género, situación esta segunda, que se haría extensible al caso de las parejas del mismo sexo, al exigirse en la “normativa propia del género” que el autor sea varón y la víctima mujer, lo cual también impide su aplicación a las relaciones homosexuales de uno u otro género, si bien parecería adaptable al caso de las relaciones lesbianas, al recoger el artículo la expresión “a quien haya sido su mujer”, habida cuenta de que la referida condición se cumpliría.

La STC 59/2008, de 14 de mayo, que defiende la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, recoge sin embargo dos motivos que no permitirían esta última aplicación (FJ 4, a): los Arts. 153.1 y el 173.2 CP emplean la expresión “ligada a él”; aplicando una interpretación gramatical –por la que entenderíamos literalmente cada una de las palabras utilizadas–, es notorio que la voz “él” no permitiría convertir en sujeto activo a una mujer; no obstante si empleamos la interpretación sistemática –es decir, aquella que se realiza teniendo en cuenta la norma estudiada en su conjunto–, y teniendo en cuenta que el Código Penal está redactado siempre en masculino –“el que realice actos de cultivo, elaboración...”–, sí habría su reconducción a las relaciones de pareja lésbicas.

11. No obstante, va a ser en un análisis detallado del texto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, donde encontramos su no aplicabilidad a las parejas homosexuales femeninas; en su Art. 1, establece que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Teniendo en cuenta que el *leit motiv* de esta norma es la lucha contra la situación de desigualdad en la relación de pareja, cabe preguntarse el porqué no va a poderse aplicar dichos artículos del Código Penal a los malos tratos cometidos en una relación entre mujeres, cuando tradicionalmente entre ellas suele establecerse igualmente una

relación de jerarquía y dominación propias de una sociedad organizada de manera desigual en relación al sexo.

12. Poniendo de manifiesto que el artículo 9.2 CE confiere a los poderes públicos el cometido de adoptar las medidas tendentes a hacer real y efectiva la igualdad entre los ciudadanos, eliminando los obstáculos que lo impidan o dificulten, se admitirían ciertas políticas que promuevan la discriminación positiva en orden a conseguir una igualdad no solo de carácter formal, sino también material (concesión de subvenciones a mujeres para el inicio de una actividad empresarial, bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social por contratación de mujeres); una cuestión que, sin embargo, se torna cuanto menos llamativa si la aludida discriminación entra en el terreno de la política criminal, ya que la realidad actual implica que las lesiones producidas en una relación de pareja del varón a la mujer tienen “oficialmente” mayor odiosidad –y por ello, mayor penalidad– que las producidas en la misma relación por la mujer al hombre. El bien jurídico protegido por la norma penal deberá ser la salud, la libertad o la dignidad del sujeto pasivo, y por ello, no deberían caber diferencias por razón de sexo, según defiende el artículo 14 CE.

13. De esta manera, la reforma operada en los citados preceptos del Código Penal podría ser entendida como un retroceso jurídico a épocas en las que se consideraba a la mujer como un sujeto que por naturaleza merecía una protección especial, situándola en el mismo plano que los menores o incapaces, una posición incompatible con la actual concepción de plena igualdad jurídica plena en el resto de órdenes jurídicos, y esto, de conformidad además con lo exigido en el artículo 10.1 CE que proclama la dignidad de la persona como derecho fundamental.

Por ello, en lo que concierne a materia penal, no se considera adecuada la discriminación por razón de sexo referida, habida cuenta de que toda discriminación va a tener siempre una faceta negativa en orden a conservar principios penales ganados frente a épocas anteriores, y a que las medidas dirigidas a conseguir una igualdad material entre ambos sexos no pueden consistir en castigar en mayor medida hechos si son cometidos por un hombre que si son cometidos por una mujer, ni a establecer figuras delictivas atendiendo únicamente al sexo de quien las realiza o de quien las padece. Esta atribución de responsabilidad general al hombre debe considerarse incompatible con los postulados del Derecho Penal en un Estado moderno cuya tradición ha sido la de la atribución de responsabilidad concreta por la comisión de un hecho determinado, y no por la pertenencia del autor a un colectivo.

La discriminación por sexo en el ámbito penal confronta con el principio de igualdad y, tangencialmente, con los derechos a la presunción de inocencia y la dignidad de la persona, por mucho que el añadir como víctima equiparable a “cualquier persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” intente salir al paso de esa eventual incursión en inconstitucionalidad.

En nuestro ordenamiento (Art. 25.2 CE) la pena estará orientada a la reeducación social y a la reinserción del reo, desposeyéndose a la misma del mero carácter retributivo. No por el hecho de ser mayor la pena reservada para un sexo que para el otro se potenciará su aspecto reeducativo, y menos aún, el reinsertador, si tenemos en consideración que de esta manera, nace ya ésta dotada de cierta dosis de injusticia.

14. Analizados estos conceptos, en cuanto a lo que a la violencia en el ámbito familiar concierne, ésta podrá aparecer por las siguientes vías:

a) Malos tratos o agresiones físicas: todo acto que tiene la intención o se percibe con intención de causar dolor físico o de herir a otra persona con el objeto de ejercer dominio sobre ella. Implica cualquier lesión infligida (hematomas, quemaduras, fracturas, lesiones, intoxicación, etc.) que no sea accidental y provoque un daño físico o enfermedad en un niño o adulto integrante del ámbito familiar del autor. Podrá ser el resultado de algún incidente aislado o consistir en una situación crónica de abuso.

b) Malos tratos psicológicos –violencia emocional–: considerada también como una forma de maltrato (Art. 153 CP), suele concurrir revestida de hostilidad verbal, insultos, burlas, desprecio, críticas o amenazas de abandono, humillaciones, desvalorizaciones, críticas exageradas y públicas, lenguaje despectivo y humillante, insultos, amenazas, culpabilizaciones, aislamiento social o control del dinero por parte de algún miembro de la familia sobre otro. Su resultado es la provocación de graves trastornos psicológicos en la víctima que sufre dichas acciones. El constante maltrato va minando el espíritu del sujeto pasivo, que llega al final a creerse merecedor de los malos tratos.

c) Violencia de carácter sexual: implicaría toda la actividad sexual no deseada por parte de la víctima y exigida por el autor, los comentarios o insinuaciones sexuales, o las acciones para utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción, el sexo bajo amenazas de cualquier tipo, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación impuesta (incluyendo el matrimonio de menores), la prostitución forzada, el aborto obligado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres menores de edad, tales como la mutilación genital y las inspecciones para comprobar la virginidad, por otra persona que presente algún tipo de relación familiar o asimilada con la víctima. Ésta puede tener lugar a lo largo de todo el ciclo vital, desde la infancia hasta la vejez, y, obviamente incluir a mujeres y hombres, y ambos tanto como víctimas y como agresores.

Por ello, deberá entenderse por violencia intrafamiliar, todos aquellos actos cuyo objeto sea el someter a la víctima, conseguir un deterioro paulatino de su autoestima e, igualmente, toda forma de ejercer poder y control sobre ella por parte del familiar maltratador, en una relación de intimidad y que va a ir dirigida generalmente –si bien no exclusivamente como hemos visto– a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres o ancianos.

15. El vigente Código Penal –aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre– reserva para la sanción de las conductas descritas [exceptuando las agresiones de índole sexual, a las que aún no considera violencia intrafamiliar, resolviéndolas por la aplicación de las figuras recogidas en el Título VIII (Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), con las agravantes genéricas pertinentes, en concreto la de parentesco], los siguientes artículos –si bien dejando por sentado que la Ley Orgánica 1/2004 elevó, en la mayoría de los casos, al grado de delito aquellas conductas que, en circunstancias normales, serían constitutivas de falta–:

a) Artículo 153: Lesiones que no requieran tratamiento para su sanación. Este precepto ha sido modificado por la mayoría de las leyes posteriores a 1995 que han regulado la materia objeto de la presente investigación. Inicialmente castigaba la violencia en el ámbito doméstico habitual, sin distinción entre violencia doméstica o de género, castigando la conducta con una pena de entre seis meses y un año de prisión, más la pena que correspondiere por la específica lesión.

Su redacción mantuvo esos términos hasta la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que trasladó el concepto de la habitualidad al Art. 173.2 CP en el que se encuentra actualmente, para que el Art. 153 recoja que las lesiones no constitutivas de delito dentro del ámbito familiar, así como las amenazas de modo leve con armas o instrumentos peligrosos, serán constitutivas de delito –acuñando veladamente un término punitivo nuevo, el de “delito leve” o “delito-falta”–, reservando una pena, entre otras accesorias, de tres meses a un año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. Apreciamos que aquí no existe ninguna diferencia punitiva por razón del sexo.

El cambio más importante en este aspecto es el producido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la cual ya distingue la violencia doméstica, establecida en el Art. 153.2, y la violencia de género, aquella recogida en el primer apartado del mismo artículo, y que conlleva una pena mínima de prisión de seis meses, manteniendo el resto de penas en idéntica cuantía a la anteriormente recogida. Este extremo se aplicará, no solo cuando la víctima sea cónyuge femenino del agresor varón, sino también cuando la víctima conviva con el autor y se trate de persona especialmente vulnerable, sin distinción de sexo.

b) Artículo 148.4º: Lesiones que requieran tratamiento objetivo para su sanación: precepto que actualmente diferencia el género tanto de autor como de víctima. Se trata de un tipo agravado del delito de lesiones según aparece tipificado en el Art. 147 CP. Como en el supuesto anterior, este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2004, que añade dos supuestos no previstos originariamente:

- El primero, el ser o haber sido cónyuge o mantener o haber mantenido una relación de análoga afectividad, aún sin convivencia, cuando la víctima sea la esposa o mujer; y,

- El segundo, que la víctima conviva con el actor y sea especialmente vulnerable: el nº 5º.

Indiquemos que el Art. 153 CP establece esas dos circunstancias en el mismo apartado, mientras que en el que aquí estudiamos, concede un apartado a cada una. Esa división se ha realizado, posiblemente, para que, en caso de que se presenten las dos circunstancias en un mismo caso, y no pueda interpretarse de tal forma que se aplique la pena mínima, se incremente la pena de manera lógica, siempre teniendo en cuenta la lesión producida. A diferencia de lo que el Código Penal reserva a otros tipos delictivos, respecto de las lesiones; sin embargo, no hay ningún artículo que establezca cómo deberá penalizarse cuando concurra más de una causa de agravación, por lo que será el juez el que deba imponer la pena a la vista de cada caso concreto.

Observando el nº 3 de éste artículo [“Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz”], se llega a la conclusión de que para el legislador, tiene más posibilidades de defensa un adolescente de doce años cumplidos aunque no se encuentre desarrollado físicamente, que la pareja o expareja del autor de las agresiones.

c) Artículo 171 CP (apartados 4º y 5º). Delito de amenazas: en ellos se señalan las penas que se asignan a los que de modo leve amenacen a aquellas que sean o hayan sido su cónyuge o a cualquiera de las otras personas referidas en el 173.2 CP. En este caso, el primero de los apartados se refiere a violencia de género [“(…) quien sea o haya sido su esposa (…)”] y el segundo trata de los casos de violencia doméstica, entendiéndose por tal las agresiones al resto de personas que entrañen el círculo familiar del autor.

La pena impuesta es la misma que la establecida en el Art. 153.1 CP para las lesiones no constitutivas de delito. La única diferencia que existe, estriba en la redacción. En efecto, en las lesiones no constitutivas de delito se incluyen aquellos casos en que la víctima es persona especialmente vulnerable, en el mismo párrafo donde se trata la violencia de género, mientras que en las amenazas se refiere a este tipo de víctima, si bien dentro del mismo apartado, en un párrafo separado (el último del número 4), situación parecida a lo que acontece con las lesiones constitutivas de delito.

La mención que se hace en el penúltimo párrafo a la circunstancia de realizarse el hecho “en el domicilio común”, exige una matización, habida cuenta de que posee el carácter de agravación del hecho, aplicándose la pena en su mitad superior. Se significa que quizá no hubiera hecho falta dicho extremo recogido por el Código, puesto que si se trata del domicilio en el que reside la víctima, va a ser indiferente el hecho de que ahí viva o no el autor, ya que el resultado será igualmente la aplicación de la misma agravante.

d) Artículo 172. Delito de coacciones: en este tipo figura una capital diferencia entre el caso en el que la acción sea realizada por el marido sobre la mujer, que al contrario. En este último supuesto la diferencia no radica, como en los casos anteriores, en que la pena mínima es inferior si el sujeto activo es mujer y la víctima hombre en un apartado distinto dentro del mismo artículo, sino que ahora debemos acudir al Art. 620 CP, cuya pena a imponer es la de multa de 10 a 20 días, mientras que si la víctima es de las consideradas digna de especial protección, el tratamiento punitivo es el mismo que el recogido en el Art. 153.1 CP.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de que un hecho sea considerado delito o falta no pueden ser equiparables. No hablamos sólo de la pena de prisión –aunque se aprecia que si lo cometido es delito, y no es posible suspender o sustituirla, el autor ingresará en prisión, mientras que para la falta, la pena no es privativa de libertad, sino una simple multa–, sino que nos referimos a las consecuencias que tienen lugar una vez cumplida la pena; es decir, a los antecedentes penales. Si se trata de falta, una vez satisfecha la cantidad económica establecida como multa, no va a quedar vestigio de haberse sufrido una sentencia condenatoria, pero, si el hecho fue delito, cuando se cumpla la pena sigue existiendo un resto en el Registro Central de Penados y Rebeldes, hasta que no sean cancelados o sean susceptibles de cancelación.

e) Artículo 173.2 CP: recoge específicamente el delito de violencia

“habitual” en el ámbito familiar o ámbitos asimilables al núcleo familiar [“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge (...) o sobre los descendientes, ascendientes...”], y que ha sufrido dos modificaciones en los últimos ocho años, la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de diciembre, –disposición que introduce en el número dos del Art. 173 las conductas antes reguladas en el Art. 153–, y la que tiene lugar por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual introduce los párrafos segundo y tercero del apartado 1.

Una de las claves de este artículo va a ser la definición que brinda del concepto de “habitualidad”. El Tribunal Supremo señala en la STS 1208/2000, de 7 de julio, que “La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito, es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la aplicación analógica del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal”.

Al no definirse el sexo ni del sujeto autor ni el de la víctima, a diferencia de lo que se hace en el primer número del Art. 153 CP, podrá acomodarse a cualquier tipo de sujeto pasivo, incluyéndose la víctima varón que sufra agresiones físicas o psíquicas a manos de su mujer, compañera o exmujer o excompañera, y por supuesto, a las relaciones homosexuales, siempre que éstas hayan tengan o hayan tenido cierta significación, en las que no va a exigirse la existencia de convivencia.

Los diferentes episodios de violencia doméstica, que si bien deben situarse dentro del mismo núcleo familiar, pueden tener sin embargo distintos sujetos pasivos. Por ello, aún siendo varios los actos violentos, y distintas las víctimas, si estos ocurren dentro del mismo ámbito familiar, se dará un único delito de malos tratos, al ser, como sabemos, el bien jurídico protegido de este delito, la dignidad de las personas en el seno de la familia. El tipo recoge asimismo la independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, lo que implica que los hechos, aun habiendo sido ya enjuiciados e incluso en su caso, cumplida la condena, siguen siendo presupuesto para conformar la habitualidad. La problemática en este punto tiene como punto de arranque la posible vulneración del principio jurídico del *non bis in idem*.

f) Artículo 620. 2º CP: recoge las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

En cuanto a la falta de amenazas, la tradicional falta se convirtió en delito en 2004 por la modificación del Código Penal que llevó a cabo la Ley Orgánica 1/2004, cuando las amenazas lo fuesen “a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que con él conviva”, por el autor de las mismas. La pena asignada será la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, pena correspondiente a un delito, residenciándose el tipo delictual en el número cuatro del Art. 171 CP –del Libro II–.

Las coacciones leves figuran igualmente como falta en el Art. 620.2 CP,

para los casos de las personas recogidas en el Art. 173.2 CP, salvo para quien sea o haya sido para el actor, su esposa, o mujer que esté haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que con él conviva, ya que la Ley Orgánica 1/2004, lo que nos lleva – al igual que ocurre con el delito de amenazas– a la problemática de la necesidad de la coetaneidad de la convivencia con el hecho delictivo enjuiciado en el caso de la persona especialmente vulnerable, no siendo así en el caso de la compañera o excompañera.

Para las injurias leves, se impone el distinguir cuándo dicha forma de violencia es de carácter grave o leve. Para ello, el segundo párrafo del Art. 208 CP, aclara que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”. Este precepto recoge en su párrafo tercero la posibilidad de que dicho maltrato entre a formar parte de la violencia en el ámbito doméstico, consignando que se dará tal caso cuando las víctimas sean las reservadas en el Art. 173.2 CP. Para el caso de las injurias, se exige la previa presentación de *denuncia* de la persona agraviada o su representante legal –lo que no se exige para el resto de las conductas calificadas de falta en el artículo–, aspecto procedimental que confronta con el recogido en el Art. 215 CP para la persecución de la injuria que reviste carácter de delito.

Nada dice el Código con respecto a la eficacia del perdón en relación con la falta de injuria, ni en su modalidad ordinaria –primer párrafo del Art. 620.2º CP–, ni en su vertiente integrante de la violencia en el ámbito familiar –Art. 620.2º, último párrafo–, por lo que, atendiendo a la relación existente entre aquellos delitos que admiten la posibilidad de su comisión a título de falta y la propia falta, en su consideración residual habitual de apreciarse la misma cuando no se den los caracteres que permitan al hecho enjuiciarse como delito, va a entenderse al caso en estudio aplicable lo recogido en el Art. 215.3 CP: “El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código”.

En cuarto lugar se recoge la comisión de la falta de vejaciones leves, figurando la relativa al ámbito doméstico en el último párrafo del artículo, para los casos de que ésta sea dirigida contra las personas previstas en el Art. 173.2 CP, y siempre que para ello no se emplee arma u otro instrumento peligroso, según se aprecia en la primera línea del párrafo tercero del apartado segundo, en cuyo caso, el hecho será enjuiciado como mera falta de vejaciones leves con empleo de arma o instrumento peligroso, pero con apreciación de la agravante mixta de parentesco.

16. No existe unanimidad ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la doctrina acerca de cuál va a ser el bien jurídico protegido por el Código Penal en los artículos citados.

Se da por cierto que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, recogidos en el Art. 10 CE; no obstante, se encuentran igualmente en juego, y por ello se admiten como bienes jurídicos asimismo defendibles, la integridad personal, la necesidad de un ambiente familiar adecuado al libre desarrollo de la personalidad, la propia salud

de las víctimas –tanto física como psicológica e incluso “moral”–, o la paz familiar y la propia dignidad humana.

Lo cierto es que esta serie de delitos van a ir siempre más allá de una suerte de lesiones de la índole que sean sobre el cuerpo físico o el estado psicológico de las víctimas; al tener lugar en la mayoría de los casos en el espacio cerrado en el que éstas habitan, la protección que en condiciones generales brinda el hogar frente a cualquier tipo de agresión, desaparece. El sujeto pasivo queda por ello a expensas de la voluntad del sujeto maltratante y no va encontrar ningún tipo de refugio donde defenderse de los ataques al haberse convertido su espacio defensivo, precisamente en el lugar en el que van a tener lugar los ataques. Por ello, en este tipo de comportamiento delictivo de un hombre frente a su pareja o expareja mujer, aun cuando no exista convivencia, los aludidos bienes jurídicos vida, integridad corporal o salud se encuentran en mayor medida al alcance del actor que abusa de su situación de poder en la relación.

17. La delincuencia en el ámbito doméstico permite hablar, a diferencia de la exclusivamente referida al género, tanto de la posibilidad de la violencia infantil como de aquella que tiene como víctimas a los ancianos (*elder abuse*) que conviven con el autor o autores en su ámbito familiar.

En cuanto al maltrato infantil, éste ha generado tanto una definición propia, como una normativa específica. En cuanto a la primera, hallamos la realizada por el Art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989; según el cual, sería maltrato infantil “toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, tutor o cualquier persona que lo tenga a su cargo”.

Como normativa de protección de este tipo de maltrato, encontramos en el Art. 172 CC el denominado *desamparo*, consistiendo en la situación de hecho que se produce por un incumplimiento, imposibilidad o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores, cuando se prive a éstos de la asistencia moral o material debidas. Para el Derecho Penal, las conductas agresivas contra los menores a manos de los integrantes de su círculo familiar se recogen en los ya vistos Arts. 153.2, 171.5 y 173.2 CP, en conciencia de que hay que limitar el maltrato infantil a aquel constitutivo de delito.

El maltrato a las personas integrantes de la *tercera edad* por parte de sus familiares, interpretándose como un problema social, es el último caso en entrar en la categoría de los delitos que entrañan la violencia familiar. Este maltrato, presenta, además de las vistas, una faceta específica relacionada con aspectos económicos; no obstante, ambos presentan en común el hecho de la dependencia de la víctima de la persona que supuestamente debería protegerla y cuidarla, si bien difieren en que, mientras culturalmente puede ser admitido el castigo físico como una forma de educación para los niños, éste no es consentido bajo ningún concepto para las personas ancianas. En la esfera normativa, se tienen nociones sociales inequívocas de lo que significa ser un buen progenitor, pero no queda sin embargo tan claro qué es o cómo se debe cuidar bien a un anciano. Aunque ha sido habitual hacer similitudes entre la violencia sobre los niños y contra la mujer en sede familiar, los malos tratos a los *mayores* no se han comparado tanto con la delincuencia de género, aunque se da el caso de que muchas veces continúa por

el resto de la vida, hasta la propia muerte de la víctima, aún cuando en muchas ocasiones el maltrato a los ancianos consiste realmente en un maltrato entre cónyuges.

18. Las respuestas a los problemas de maltrato a mayores o a la infancia han tenido lugar en contextos intelectuales y organizacionales diferentes, debido a que la lucha contra la violencia doméstica ha sido generalmente capitalizada por los movimientos feministas que la contemplaban ejercida por los maridos o compañeros contra las mujeres y los niños. La preocupación por la violencia contra las personas ancianas, por el contrario, surge entre los profesionales, trabajadores sociales y personal sanitario que descubren uno a uno los casos en que se da esta violencia.

19. Por todo ello, vemos que dependiendo de la condición del agredido y la forma de manifestación de la agresión se va a poder subdividir la situación de violencia en maltrato infantil, violencia conyugal o maltrato a personas mayores. Estas agresiones pueden ser tanto pasivas como activas y ser de los distintos tipos que hemos analizado, física, psicológica, sexual, o la específica *económica* para el caso de los ancianos. Cabe destacar que debe considerarse igualmente maltrato infantil –si bien recalcando que lo sería desde un aspecto pasivo–, el caso en el que los niños sean testigos de violencia, habida cuenta de que el daño sufrido entonces por los niños lo es a nivel psicológico, no dañándoseles sino en forma indirecta.

20. Hasta llegar a la última de las leyes orgánicas –Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio– que hasta el momento han modificado los delitos en estudio en el vigente Código Penal, el maltrato intrafamiliar ha venido siendo una de las conductas delictivas que más cambios ha experimentado, fruto tanto de unas exigencias sociales que demandaban en muchas ocasiones la tipificación de nuevas conductas, y en otras, el endurecimiento de las penas asignadas, como de la premura con la que se hizo la reforma inmediatamente anterior y que en varias ocasiones, en un muy exiguo período de tiempo se reputaba como susceptible de mejora.

21. El periplo por el que ha atravesado la punición de la violencia doméstica comienza con varios antecedentes localizados en normativa penal anterior al Código Penal de 1995; estos serían: los Arts. 625 y 658 del Código Penal de 1822; el Art. 431 del Código Penal de 1870; el Art. 672 del Código Penal de 1928; Art. 425 del Código de 1973, introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, añadiendo la posibilidad de castigar con la pena de arresto mayor la lesión o el maltrato corporal que se produjese de manera reiterada en el seno familiar.

22. Tras esos primeros pasos, el vigente Código Penal, y para la concreta delincuencia que analizamos, ha sido modificado en cuatro ocasiones, en las que el legislador entra directamente a regular las conductas objeto de esta investigación: Las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal; 14/99, de 9 de junio; de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y finalmente, la 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Asimismo, debemos

referenciar otras reformas menores operadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que afectó a los Arts. 39 j) [privación del derecho a la patria potestad], 96.3 [medidas de seguridad no privativas de libertad] y 106 [regulación de la libertad vigilada].

23. El devenir histórico del actual castigo de este tipo delictivo va a completarse con una serie de medidas cautelares de naturaleza penal, procesal y civil recogidas en nuestro ordenamiento, en sintonía con el resto de ordenamientos occidentales, como son:

-La orden de protección a la víctima: implica la constatación por un juez de una situación de riesgo para la víctima, y podrá dictarla durante la tramitación de un proceso penal o civil. Es regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, y residenciada en el Art. 544 ter 4, 4º de la LECrim. Mediante un sencillo procedimiento llevado en sede del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, la víctima va a adquirir un estado de protección que aúna naturaleza penal y civil, y que impide al presunto agresor aproximarse a ella. En el año 2012 se solicitaron en total 36.556 órdenes de protección entre Juzgados especializados y Juzgados de Guardia. Los Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer recibieron la mayoría de estas demandas, acordando un 67 por cien de estas solicitudes.

-La prisión preventiva: resultante de la modificación operada en la LECrim por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, específica para los casos de violencia doméstica y para el caso de cualquiera de las víctimas reflejadas en el número 2 del Art. 173 CP; ésta podrá dictarse cuando el juez tema actuaciones del procesado frente a los intereses jurídicos de dichas víctimas.

- La medida de alejamiento, la cual va a poder adoptarse tanto como pena, a la vista de los Arts. 33.3 f) y 4 c) bis, 39 f), y 48 CP –introducidos por la reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio, y modificados posteriormente por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre– adquiriendo el tratamiento de pena accesoria y no de pena principal, según se recoge en la exposición de motivos de dicha Ley, como en calidad de medida de seguridad, según establece el Art. 106 g) CP, según resultado final tras las reformas en ese sentido llevadas a cabo por las leyes orgánicas 14/1999, de 9 de junio; y 5/2010, de 22 de junio, si bien desde el punto de vista del derecho procesal, esta medida en sí misma considerada sólo admite el tratamiento de medida cautelar, de conformidad con lo prevenido en los Arts. 13 y 544 bis LECrim.

24. Todo ello culmina el camino recorrido hasta llegar a la redacción actual de los artículos referidos tal y como figuran como resultado de las modificaciones vistas, habiendo tenido como acompañantes la premura, el intento de aplacar las exigencias sociales de cada momento y la ausencia del debido sosiego y análisis en profundidad del calado de cada una de las mencionadas reformas, ha arrojado como resultado la innecesariedad de muchas de ellas, habida cuenta de que el propio Código Penal ya ofrecía la respuesta adecuada a la necesidad del freno de dicha delincuencia.

25. En efecto, si se aplicase en la práctica totalidad de los casos en los que un miembro de la familia, aprovechándose de su mayor edad, sexo, corpulencia o abusando de la confianza que genera en la víctima –todas ellas, circunstancias agravantes recogidas respectivamente en los números 2º, 4º y 5º del Art. 22 CP, que alberga las circunstancias agravantes genéricas–, llanamente el Código

Penal, la petición popular de un aumento en la gravedad de las penas se habría visto calmada en mayor medida de como lo ha hecho la “última” de las reformas en este sentido, la operada por la Ley Orgánica 1/2004, que redacta el Código Penal en los términos actuales y sin que la posterior Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, haya revisado la situación.

Efectivamente, el Código Penal ya recogía como delito, tanto en los Arts. 153, (lesiones), 171 (amenazas), y 173 (violencia intrafamiliar habitual), las conductas descritas, refiriéndose siempre a las personas recogidas en el texto del número 2 del Art. 173, donde se incluía al cónyuge o persona asimilada tanto lo sea durante el momento de los hechos o lo hubiera sido con anterioridad. La pena asignada era la de tres meses a un año, en los dos primeros casos, y de seis meses a tres años para el tipo del Art. 173.2 CP.

Si la demanda social exigía un endurecimiento de las penas, fruto del momento que por entonces se vivía –aún se vive–, la solución podría haber venido por la vía de la aplicación de cualquiera de las referidas agravantes –e incluso varias de ellas–, que por lo reservado en las cláusulas reflejadas en el Art. 66 CP, números 3º y 4º, permitirían al juzgador aplicar el incremento de la pena reclamado e incluso, aumentarlo. Así, si aplicamos la pena reservada en el Art. 153.2 CP –de tres meses a un año–, con la imposición de una única agravante –Art. 66.3 CP–, la pena resultante será la de siete meses y quince días, a un año, por lo que apreciamos que incluso el mínimo a partir del cual el juez podría imponer la pena, era ya superior en un mes y quince días a la realidad actual tras la modificación operada en el Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2004, que recoge para el caso, una pena de seis meses a un año, y sin la posibilidad, además, de aplicar ninguna de las dos agravantes expresadas, ni la de abuso de superioridad –habida cuenta de que la modificación referida implica *per se* la diferencia de fuerza o corpulencia del varón sobre la mujer, que “abusa” de su género–, ni la de abuso de confianza –ya que precisamente ésta supone convivencia o situaciones en que la hubo–, por mor del respeto al principio del *non bis in idem*.

Por otra parte, la situación descrita no ofrecía dudas en cuanto a su aplicación a las parejas del mismo sexo, ni a los casos en los que fuese el varón el que sufriese la situación de los malos tratos –físicos, psíquicos, de naturaleza económica...– de manos de su mujer o compañera, cuando además, la situación presente, lejos de tener en cuenta la culpabilidad del autor –en cuanto relación psíquica del sujeto y su hecho, o subjetividad del autor de la conducta– al basarse sólo en el sexo y relación del actor y la víctima, y por ello, aplicarse *iuris et de iure*, va a ser la que castigue igualmente aquellos caso en los que un hombre que se encuentre en una situación objetiva de inferioridad frente a su mujer, en un acto desesperado, la golpee, amenace o coaccione levemente.

26. La realidad actual implica el internamiento en prisión de los condenados por este tipo de actividad delictiva, teniendo siempre en cuenta los siguientes requisitos:

Los artículos vistos –salvo los casos de aplicación del Art. 173.2 CP–, contemplan condenas que por su gravedad (incluida la posibilidad de que el delito se encuentre dentro de las cláusulas agravatorias de perpetración en presencia de menores, con empleo de armas, tenga lugar en el domicilio de la víctima o se realice quebrantando una pena de las recogidas en el Art. 48 CP) van

a gozar en su mayoría de la posibilidad de aplicación de la suspensión de condena contemplada en el Art. 80 CP, tras la imposición de las obligaciones que figuran en los números 1, 2 y 5 del Art. 83 CP, precepto en el que una vez más apreciamos la presunción de la peligrosidad del agresor hombre que recoge nuestro vigente Código, ya que dichas reglas de conducta, a las que se condiciona la suspensión, implican el “convencimiento” del legislador de que en el futuro el actor puede cometer otros actos violentos, lo que supone la afirmación –dada su aplicación automática– de un “estado peligroso” en el hombre.

Igualmente, los citados artículos –salvo el Art. 173.2 CP– permiten al juzgador la imposición alternativa al autor, de trabajos en beneficio de la comunidad, con el acompañamiento de las penas privativas de derechos que aquel estime adecuadas.

27. Por ello, sólo en los casos de incumplimiento de las condiciones impuestas en el caso de la suspensión de la pena, y por ello, de revocación de la medida –no existe un derecho subjetivo a la concesión de este beneficio y, de ahí, que el ordenamiento no conceda la posibilidad de recurrir en casación los autos resolutorios sobre tal sustitución –*vid.* STS 950/1999, de 19 julio–; de irregularidades en la actividad laboral no remunerada que implica la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; casos de reincidencia; casos de no abono de la posible responsabilidad impuesta; de quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima impuestas; o que la pena exceda de los dos años –habitual en los casos de aplicación del Art. 173.2 CP–, el condenado extinguirá su pena en un establecimiento penitenciario, habida cuenta de que en la regulación que hace el Código Penal sobre la sustitución de la pena, para el caso de los delitos relativos a la violencia de género, no se contempla la sustitución de ésta por pena de multa, ya que, de acuerdo con el párrafo tercero del ordinal 1 del Art. 88, para los casos de condenas por este tipo de delitos, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, obviamente, en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

**More
Books!** 



yes
i want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at

www.get-morebooks.com

¡Compre sus libros rápido y directo en internet, en una de las librerías en línea con mayor crecimiento en el mundo! Producción que protege el medio ambiente a través de las tecnologías de impresión bajo demanda.

Compre sus libros online en

www.morebooks.es

