



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CC. SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN.**

GRADO EN DERECHO.

TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA PATRIARCAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: PROBLEMAS CONCURSALES

Presentado por:

SARA ISABEL GALINDO DELGADO

Tutorizado por:

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

RESUMEN

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico-penal dispone de tres herramientas para la persecución de la discriminación y la Violencia contra las mujeres: los delitos introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, los delitos no sexuales y la circunstancia agravante genérica por razón de género. En este trabajo trataremos de exponer en qué consiste cada una de ellas, así como los problemas concursales más relevantes que pueden llegar a presentarse. Todo ello, con el objetivo de perfilar cuál es la situación actual en la lucha por la erradicación de esta violencia, así como plantear cuál debe ser el camino a seguir con respecto a la misma, avanzando hacia la construcción de un concepto unitario de Violencia Patriarcal, como noción realmente englobadora de los distintos tipos de violencias hacia las mujeres, y las diferencias estructurales entre las mismas.

Palabras Clave: Violencia de Género, Violencia contra las mujeres, Violencia Patriarcal, circunstancia agravante genérica por razón de género.

ABSTRACT

Currently, our legal-criminal system has three tools for the prosecution of discrimination and violence against women: the crimes introduced by Organic Law 1/2004, of 28 December, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence, non-sexual crimes and the gender-related aggravating circumstance. In this work we will try to explain what each of them consists of, as well as the most relevant concurrent offences problems that may arise. All this, with the aim of outlining the current situation in the fight for the eradication of this violence, as well as suggesting the path to follow with respect to it, moving towards the construction of a unitary concept of Patriarchal Violence, as a truly encompassing notion of the different types of violence against women, and the structural differences between them.

Key Words: Gender Violence, Violence against Women, Patriarchal Violence, gender-related generic aggravating circumstance.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
1.1. La Violencia contra las mujeres, la Violencia de Género y la Violencia Patriarcal.....	8
1.2. La restricción del ámbito de aplicación de la ley al ámbito de las relaciones de pareja.....	11
2. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA PATRIARCAL: LEGISLACIÓN RELEVANTE Y PROBLEMAS CONCURSALES.....	14
2.1. Tratamiento jurídico de la Violencia Patriarcal en España.....	14
2.1.1. Constitución Española de 1978.....	14
2.1.2. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	16
2.1.3. Código Penal.....	18
2.2. Problemas concursales.....	27
2.2.1. La agravante de género, la agravante por sexo y la circunstancia mixta de parentesco: especial mención a la STS 565/2018.....	28
2.2.2. Análisis de los problemas concursales en los delitos sexuales.....	33
2.2.2.1. Las lesiones agravadas del artículo 148.4 y 5 CP.....	34
2.2.2.2. Los malos tratos no habituales del art. 153 CP.....	37
2.2.2.3. Las amenazas leves del art. 171.4 CP y las coacciones leves del art. 172.2.....	40
2.2.2.4. El quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP.....	44
2.2.3. Análisis de los problemas concursales en los delitos no sexuales: hacia una justicia con perspectiva de género.....	46
3. EL CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO PENAL SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.....	51
4. CONCLUSIONES.....	57
5. ANEXO: ENTREVISTAS.....	60
5.1. Entrevista Ana María Ronco Gozalo. Abogada.....	60

5.2. Entrevista M^a Inmaculada Martínez García. Fiscal Violencia de Género de la Audiencia Provincial de Segovia..... 62

1. INTRODUCCIÓN

La Violencia contra las mujeres, entendida como “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”¹ es, en este momento histórico, si es que alguna vez dejó de serlo, un tema de profunda importancia y actualidad. Dicho tema, además, no deja de suscitar cuestiones que giran en torno a la idea de cuál es la mejor estrategia para su erradicación.

En el contexto español, y partiendo del marco penal actual construido a raíz de, principalmente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (de ahora en adelante, LOMPIVG) y de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, surge el debate sobre cuál debe ser la estrategia para regular, perseguir y erradicar la lacra de la Violencia contra las mujeres y, en último término, de la Violencia Patriarcal. En el presente trabajo trataré de exponer una de esas líneas del debate, enfocada especialmente hacia el concepto de Violencia de Género adoptado por nuestro Ordenamiento Jurídico. Para ello, se antoja imprescindible tener en cuenta la normativa internacional y comunitaria, relativa a esta materia. No obstante, por razones de espacio y oportunidad, no se le dedica un apartado propio sino que se irá haciendo referencia a estas normas según corresponda.

Antes de entrar a profundizar la cuestión expuesta, debemos pararnos a observar varios aspectos que van a ser cruciales en este trabajo, como son la diferencia entre el concepto ya mencionado de “Violencia contra las mujeres”, el de “Violencia Patriarcal” y el de “Violencia de Género” y como, el legislador ha optado por la restricción del ámbito de

¹ Definición establecida por la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada sin votación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> (Última consulta: 11/03/2019). Se encuentran referencias a esta Declaración en nuestro ordenamiento interno en el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, en la Resolución de 15 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Igualdad, o en la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

aplicación de la LOMPIVG al campo de las relaciones de pareja. Campo, como veremos, muy acotado en comparación con el que ha sido elegido en cuanto a otras medidas en este tema como es el caso de la agravante de género del artículo 22.4 del Código Penal. Por otro lado, debemos prestar atención a cuál ha sido el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a las herramientas de las que disponemos, en qué punto nos encontramos en la actualidad, y cómo podríamos continuar avanzando hacia la construcción de un concepto de Violencia Patriarcal.

1.1 La Violencia contra las mujeres, la Violencia de Género y la Violencia Patriarcal²

Aunque estos tres conceptos puedan parecer idénticos, lo cierto es que en la práctica han distado de serlo. La Violencia contra las mujeres se entiende como toda violencia hacia la mujer por el hecho de serlo. MARTÍN SÁNCHEZ indica que “la desigualdad entre hombres y mujeres ha existido desde siempre, en todos los tiempos, y en todos los pueblos y civilizaciones”³ y de esa desigualdad nace una discriminación sistemática hacia las mujeres. Esta discriminación contra la mujer viene definida en el artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967, estableciendo así que “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Este concepto lo tenemos que poner en relación con el aportado por la Declaración de Naciones Unidas, sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, de 20 de diciembre de 1993, que

² Se ha optado por estos tres conceptos, sin incluir entre ellos el de “Violencia Machista” por considerarlos como los más precisos dentro del tema a tratar. Precisos, en el sentido de que la Violencia contra las mujeres tiene actualmente unas definiciones, especialmente en textos legales, más sólidas que la violencia machista, que se conceptualiza de manera más desdibujada. Y por otro lado en el sentido de que la Violencia Patriarcal aporta una definición más completa, haciendo referencia al sistema que la provoca, e incluyendo el factor de las intersecciones que existen o pueden existir entre la violencia por un motivo de género y por otros motivos como es el racial o étnico.

³ MARTÍN SÁNCHEZ, María, “Violencia de género: violencia “unidireccional” hacia las mujeres”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 141-142.

remarca que “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre”. De esta manera, y mediante estas dos nociones, podemos hacernos una idea del contenido y el alcance del concepto de Violencia hacia o sobre las mujeres.

En cambio, la Violencia de Género, aunque a nivel sociológico e incluso popular⁴ ha podido mostrarse como un sinónimo de lo anterior, en nuestra realidad legal se enfoca como un tipo muy concreto de Violencia hacia la mujer: el supuesto en el que la violencia ejercida hacia esta sea dentro de un contexto en el que existe o ha existido una relación de pareja. En efecto, pese a que instrumentos internacionales como el Convenio de Estambul establece por Violencia contra las mujeres por razones de género “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”⁵, nuestro legislador, en la promulgación de la LOMPVIG, ha entendido que la violencia de género es aquella que se ejerce hacia una pareja o ex pareja. Además, fruto de la demanda realizada por la doctrina y la jurisprudencia, se añadió posteriormente a los textos legales la expresión de “análoga relación de afectividad”. En síntesis de lo anterior, podemos entender que el concepto Violencia de Género quedó en un primer momento definido por la LOMPIVG como una violencia que se produce dentro de una relación sentimental, o relación análoga, presente o pasada. Aunque, por otro lado, es cierto que recientemente se ha añadido una circunstancia agravante en nuestro Código Penal, en su artículo 22.4, que pretende sacar del ámbito privado al que se había relegado a este tipo de violencia mediante el ámbito de aplicación elegido, que acabamos de mencionar. Concretamente, se establece una circunstancia agravante genérica para los casos en que el delito haya sido cometido por razones de género. Es de gran importancia este intento del legislador de adaptar la ley a las demandas y circunstancias sociales. Con todo, hay que resaltar que esta nueva agravante, introducida por la LO 1/2015, es aún de escasa aplicación por los tribunales. Sin embargo

⁴ Popular, en cuanto a coloquial, que se suele usar en un contexto distendido o informal.

⁵ Artículo 3, apartado d), del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 6 de junio de 2014, véase https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (Última consulta: 12/03/2019).

se espera que en los próximos años comience a tener una importancia creciente⁶, en cumplimiento del compromiso de juzgar con perspectiva de género. Una de las sentencias en las que se ha aplicado esta agravante es la relevante STS 565/2018, que estudiaremos más adelante.

De este modo, y pese al progresivo acercamiento producido en los últimos años, se produce una disociación entre dos conceptos que aparentemente parecían referirse a una misma cosa: la Violencia de Género y la Violencia contra las mujeres. Es importante a efectos prácticos tener en cuenta esta diferenciación como punto de partida, ya que va a ser de gran relevancia en el desarrollo de este trabajo y, como dijo el antropólogo Alphonse Bertillon, “Solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se tiene en la mente”⁷.

No podemos terminar este apartado sin hacer una referencia a un tercer concepto que también es de gran relevancia en el asunto que nos concierne: nos referimos al concepto de Violencia Patriarcal. El Patriarcado, tal y como lo definía LERNER, es “la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y niños/as de la familia y la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general”⁸. Incluso otras autoras como ESPARZA-REYES han llegado a considerar el Patriarcado como aquel que sustenta otras opresiones como las de las personas afro descendientes, indígenas o discapacitadas, mediante la creación de un modelo de masculinidad hegemónica que provoca el sometimiento de quienes quedan fuera de la misma⁹. Recogiendo estas dos definiciones, entendemos la Violencia Patriarcal como aquella que se ejerce de forma sistemática contra estos colectivos bajo la premisa de esta masculinidad dominante, creando relaciones dicotómicas. La autora anteriormente mencionada pone de manifiesto la postura

⁶ Así lo afirmó la Fiscal de Violencia de Género de Segovia, MARTÍNEZ GARCÍA, en la entrevista realizada para este Trabajo, a la cual nos referiremos en sucesivas ocasiones y será añadida como anexo al final de estas páginas.

⁷Cita que aparece recogida en LORENTE ACOSTA, Miguel, SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, Cruz, NAREDO CAMBLOR, Covadonga. *Suicidio y violencia de género*. Madrid: Ed. Ministerio de sanidad y consumo, Madrid, 2007. P.17.

⁸ Tal y como nos recuerda Marta Fontenla en FONTENLA, Marta. “¿Qué es el Patriarcado?”. Ed. Biblos. Obtenido a través de *Mujeres en Red. El periódico feminista*, N° 3, año 2008. Recuperado en: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1396> (Última visita: 05/06/19)

⁹En este sentido, ESPARZA-REYES, Estefanía, “La Violencia Patriarcal: una paradigmática vulneración a la no subordinación”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 218-219.

tolerante que en muchas ocasiones ha mostrado el Derecho, como institución inherente al sistema y que, por tanto, reproduce en la creación de normas las estructuras jerárquicas existentes. Con todo, no concibe el Derecho desde una visión pesimista, sino que lo reivindica como un generador de cambios sociales¹⁰, especialmente mediante la vía de la “no subordinación”¹¹.

En este trabajo se opta por el concepto de Violencia Patriarcal, por ser el que pone claramente de manifiesto, que ni las mujeres son un grupo heterogéneo, ni la violencia hacia ellas se manifiesta del mismo modo, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Se debe entender que circunstancias como la pobreza, la condición de migrante o la discapacidad que pueda padecer una mujer le hará más vulnerable a la hora de sufrir ciertos tipos de violencia. Es esencial que el Derecho entienda esta diversidad y esta heterogeneidad a la hora de elaborar normas para combatir esta violencia. Principalmente, para que estas puedan llegar a ser realmente efectivas, pero también para cumplir con el mandato constitucional que se desprende del artículo 14 de la Constitución Española y que veremos en el Capítulo siguiente, de que hay que tratar igual a lo que es igual, y diferente a lo que es diferente.

1.2. La restricción del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Violencia de Género al ámbito de las relaciones de pareja

Debemos comenzar señalando que nuestro legislador ha delimitado el ámbito material de la LOMPIVG en torno a la existencia de una relación sentimental entre agresor y víctima¹². La concreción de esta Ley a ese ámbito específico tiene a su favor la ventaja de que, al ser

¹⁰ Vid. ESPARZA-REYES, Estefanía, “La Violencia Patriarcal: una paradigmática vulneración a la no subordinación”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.Pp. 230-231.

¹¹ Diferenciándolo de la no discriminación, ya que, tal y como argumenta ESPARZA-REYES, la no discriminación pretende lograr la neutralidad, mientras que la no subordinación comprende las diversas identidades de los grupos sociales, debiendo protegerlas.

¹² Encontramos una clara referencia a esto en el mismo artículo 1.1 de la Ley, que enuncia lo siguiente: “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”.

tan precisa delimitando cuál es el ámbito de aplicación, puede focalizar y combatir más hondamente este tipo de violencia. Esto tal vez no habría sido tan sencillo si se hubiese optado por ampliar este marco a un concepto más amplio de Violencia contra las mujeres, o Violencia Patriarcal. Pero por otro lado, precisamente, parece que deja en un plano secundario otros tipos de violencia, en ningún caso menos relevantes. Nos referimos a aquellos que se producen fuera del contexto de la relación de pareja, pero tienen el mismo origen y razón de ser. Esto se debe a las relaciones de poder que existen de manera intrínseca al Patriarcado¹³. Por último deberíamos tener en consideración otras opiniones críticas como la de LARRAURI PIJOAN, que entiende que el “feminismo oficial”, promotor de la LOMPIVG, cae en el pensamiento de considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de sufrir Violencia de Género, olvidando que existen factores de riesgo como la marginación social¹⁴.

Partiendo de esta base, en el presente trabajo se tratará de abordar la conexión que puede llegar a existir entre la Violencia de Género, tal y como está definida en el texto legal, y otras formas de Violencia contra las mujeres, vinculadas en numerosas ocasiones por las

¹³ Algunas autoras como RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018, argumentan que el hecho de que la LOMPIVG aborde ese ámbito específico de la Violencia contra las mujeres no quiere decir que otros tipos de violencia sean ignorados, sino que simplemente se recogen en textos legales distintos. Otros, como GOMEZ MARTÍN, V., achacan este hecho a que aún se considera la violencia de género como un problema privado dentro de un modelo familiar de patriarcado en la sociedad española, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N^o 18, año 2016. P 22. Recuperado en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> (Última consulta: 10/06/2019). Esta idea queda igualmente reflejada en la pág. 10 de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N^o 20, año 2018. Recuperado en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19).

¹⁴ ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. Comentario a la obra: LARRAURI PIJOAN, Elena. “Criminología crítica y Violencia de género”. *Revista Mientras Tanto*, N^o 11, año 2007. Recuperado en: <http://www.mientrastanto.org/la-biblioteca-de-babel/criminologia-critica-y-violencia-de-genero> (Última visita: 12/06/2019).

circunstancias que entrelaza el Patriarcado. Posteriormente se valorará en qué punto nos encontramos en esta materia y hacia dónde debemos caminar para construir un derecho penal con perspectiva de género.

2. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA PATRIARCAL: LEGISLACIÓN RELEVANTE Y PROBLEMAS CONCURSALES

2.1. Tratamiento jurídico de la Violencia Patriarcal en España

En los últimos años ha tenido lugar un incremento en la creación de normas en esta materia, fruto de la progresiva toma de conciencia de las relaciones de poder subyacentes en el sistema que colocan a la mujer en una posición de desigualdad respecto del hombre. Pero lo cierto es que, si queremos crear un marco conceptual en torno a la regulación actual de la Violencia Patriarcal en España, debemos remitirnos principalmente a tres normas: la Constitución Española de 1978, la LOMPIVG y el Código Penal de 1995 con especial mención a su reforma de 2015. A continuación, nos detendremos en los elementos fundamentales de cada una de ellas.

2.1.1 La Constitución Española de 1978

La Constitución Española, como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, va a regir, basar y limitar cada uno de los textos legales que se emitan.

La situación de desigualdad y discriminación que estructuralmente sufrían las mujeres en los años 70 era tan manifiesta, que provocó que nuestro texto constitucional tomase conciencia de ello y estableciese, en su primer artículo, la noción de igualdad a como uno de los valores superiores de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho¹⁵. Esto implica que el resto de normas deben tener la predisposición y el objetivo de alcanzar en los ámbitos donde no exista, y respetar en aquellos en los que sí se encuentre, ese principio de igualdad.

En segundo lugar, debemos referirnos al artículo 14, que ha servido como base tanto para justificar la aprobación o el desarrollo de las normas en esta materia, como para rebatirlas¹⁶.

¹⁵ Vid. Artículo 1.1 Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (Última visita: 12/06/2019)

¹⁶ Recordemos a estos efectos la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad realizada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia y posteriormente resuelta por la STC 59/2008 de 14 mayo. RTC 2008\59, primera sentencia en esta materia que sirvió como referente a la hora de resolver

Este artículo plasma en el texto constitucional el concepto de igualdad formal, o bien igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, excluyendo de nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación basada, entre otros tantos factores y a los efectos que nos conciernen, en el sexo. Supone un derecho subjetivo a que se trate igual a aquello que es igual, y una obligación a los poderes públicos a respetarlo.

Tenemos que matizar en este punto que el artículo 14 no trata de establecer una prohibición de diferenciación, tratar igual a lo idéntico supone, *a sensu contrario*, tratar diferente a lo que es distinto, es más, el Tribunal Constitucional ha indicado en varias ocasiones que esta diferencia podrá tener lugar cuando persiga un fin legítimo y sus consecuencias sean proporcionadas¹⁷. También tenemos que tener en cuenta, que no es lo mismo concebir a un sujeto como diferente, que como inferior. En este segundo caso el principio de igualdad de muestra como su otra cara de la moneda, erigiéndose como derecho fundamental a la no discriminación, ya sea una discriminación directa, o indirecta¹⁸.

Cuando se hace referencia al artículo 14, de manera casi inevitable, y más aún en materia de Violencia de Género, tiene que relacionarse con el contenido del artículo 9.2. Este, refleja la noción de igualdad material, encomendando a los poderes públicos la función de procurar que se den las condiciones para que la igualdad pueda ser real y efectiva, así como eliminar los obstáculos que impidan la misma. Todo esto implica que no se va a considerar el favorecer a colectivos históricamente relegados o marginados como un hecho discriminatorio o constitucionalmente prohibido¹⁹. Tal y como ha expresado REY MARTÍNEZ: “La igualdad de oportunidades guarda estrecha relación (...) con la exigencia de nivelación de las condiciones de vida (...) es un mandato de parificación, de igualación, y por ello, de `legitimación de un derecho desigual”²⁰. Además, la Constitución permite,

otras cuestiones sobre el mismo asunto, véase STC 52/2010 de 4 octubre. RTC 2010\52 y STC 41/2010 de 22 julio. RTC 2010\41.

¹⁷ LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *Revista Indret*, N° 1, año 2009. P 8. Recuperado en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Última visita: 05/06/19)

¹⁸ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Ed. McGRAW - HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A., 1995. Pp. 58-64.

¹⁹ Vid. STC 200/2001 de 4 de octubre. RTC 2001\200. FJ 4.

²⁰ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Ed. McGRAW - HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A., 1995. P. 56.

que no ordena, las “discriminaciones inversas”, cuando pretendan combatir los efectos desfavorables de discriminaciones estructurales, como es en este caso la sexual²¹.

Todo lo anteriormente expuesto debe ponerse en relación con el artículo 10.2, que señala que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”²². Se resalta de este modo la importancia de las normas internacionales, y muy concretamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en lo que respecta a la interpretación derechos y libertades fundamentales.

Por tanto, debemos tomar como punto de partida y base esencial estos cuatro artículos de la Constitución Española a la hora de evaluar e interpretar toda la regulación en este ámbito emitida con posterioridad a la misma y que entraremos a observar en los subepígrafes siguientes²³.

2.1.2 Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

A raíz del mandato constitucional que se desprende de los artículos ya señalados y la progresiva toma de conciencia del legislador y de la sociedad de la necesidad de dotar de mayor protección a las mujeres que sufrían Violencia de Género²⁴, se publica el 28 de

²¹ Ídem P. 110.

²² Cfr. Artículo 10.2 de la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (Última visita: 12/06/2019)

²³ Se debe aclarar que, aunque no se ha entrado a desarrollar este artículo por salirse del ámbito estricto de la Violencia de Género, es relevante la importancia en materia de igualdad del artículo 35 de la Constitución. Este artículo establece la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral mediante el siguiente enunciado: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”

²⁴ Tal y como explica RIDAURA MARTÍNEZ, en RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 139.

diciembre de 2004 la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Dos de los sucesos más determinantes en la comprensión de cuán necesaria era esta Ley, fueron el asesinato de Ana Orantes en noviembre de 1997²⁵ o de Encarnación Rubio en abril de 2004²⁶ a manos de quienes habían sido sus maridos²⁷,

Esta ley parte de la premisa ya mencionada de que se tiene que tratar de manera distinta a situaciones que son diferentes. Desde luego, la Violencia de Género era y es un problema que no podía ser resuelto mediante un tratamiento neutral por la Ley. Si esto ocurriese, se estaría cayendo en una discriminación por indiferenciación, provocada por “tratar de un modo igual situaciones disímiles”²⁸.

Ya dijimos al principio de este trabajo que el objeto de esta ley era terminar con la violencia que las mujeres pudiesen sufrir por parte de sus cónyuges o relaciones análogas. De este modo, se trata de diferenciar de la violencia doméstica, donde la víctima puede ser una mujer, pero de la misma manera, también puede serlo un hombre. Además, en este supuesto, se pone el acento en las relaciones intrafamiliares y no en la violencia en la pareja por razón del género. En esta línea se destaca en la ley precisamente que las agresiones que abarca son ataques que giran en torno a la categoría del género, y no del sexo, pese a la conexión que existe entre estos dos conceptos²⁹.

²⁵Público. 1997, *Ana Orantes rompe el silencio*. Recuperado en: <https://www.publico.es/mujer/violencia-machista-1997-ana-orantes-rompe-silencio> (Última visita: 12/06/19)

²⁶ El País. *Una mujer con orden de protección muere tras ser atropellada tres veces por su esposo*. Año 2004. Recuperado en: https://elpais.com/diario/2004/04/01/sociedad/1080770403_850215.html (Última visita: 12/06/19)

²⁷ Ana Orantes fue quemada tres días después de confesar su situación de maltrato en el canal de televisión “Canal Sur”. Encarnación Rubio fue la primera víctima con orden de protección asesinada por su agresor después de haberle denunciado.

²⁸ RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 140.

²⁹ La diferencia entre ambos conceptos estriba en que el sexo es un conjunto de características biológicas y cromosómicas que nos permiten diferenciar entre “machos” y “hembras”, mientras que el género hace referencia a los roles y constructos que una sociedad demanda y asigna a los hombres y a las mujeres en función de su sexo.

La LOMPIVG es una ley integral, y como tal plantea diversas medidas para combatir la Violencia de Género. En este sentido, en ella se prevé la tutela institucional, las acciones positivas, y las disposiciones en el ámbito de derecho penal³⁰.

Debemos centrarnos precisamente en las disposiciones en el contexto del derecho penal, si bien en este apartado se hablará sobre el debate entablado sobre la constitucionalidad de las mismas. Por otro lado, del reflejo que estas tienen en el Código Penal nos ocuparemos en el apartado siguiente. Las disposiciones introducidas suponen una diferencia punitiva, que ofrece una protección reforzada a las mujeres que hayan mantenido una relación de afectividad con el agresor, y en algunos casos también a ciertas personas vulnerables que convivan con el autor. Esta introducción de los delitos de género ha planteado dudas en torno a su constitucionalidad, las cuales se tradujeron en diversas cuestiones de inconstitucionalidad. El argumento se basaba en la idea de que se estaba imponiendo una pena diferente a situaciones idénticas en base al sexo de los sujetos, colocando sistemáticamente a los hombres en el papel de sujeto activo y a las mujeres en el de sujeto pasivo, con el riesgo de caer en un derecho de autor. Adelantamos en este momento algo que será desarrollado más adelante, que es el hecho de que el Tribunal Constitucional ha respondido a estas cuestiones de inconstitucionalidad defendiendo la plena constitucionalidad de las medidas penales establecidas por la LOMPIVG, siendo especialmente relevante en este aspecto la STC 59/2008. La jurisprudencia generada sobre todo por el Tribunal Constitucional, pero también por el Tribunal Supremo, en lo que respecta a esta cuestión, será analizada en el apartado siguiente.

2.1.3. Código Penal

Como ya hemos indicado, la LOMPIVG contiene una serie de medidas para combatir la Violencia de Género entre las que se encuentran algunas de carácter penal. Estas medidas se reflejaron en un primer momento en la introducción al Código Penal de 1995 de tipos penales sexuales.

³⁰ RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 141-142

Por otro lado, en el año 2015 se ha producido la incorporación de una circunstancia agravante genérica de discriminación por razón de género y de delitos no sexuales, esto es, conductas que, aunque se presentan como neutras en la literalidad del texto penal, a nivel criminológico y social tienden a afectar de forma mayoritaria a las mujeres. De este modo quedarían protegidas, aunque no se produzca una alusión explícita a las mismas como sujetos pasivos. A continuación procederemos a analizar cada una de estas figuras.

La LOMPIVG promovió una serie de reformas en artículos concretos del Código Penal que se tradujeron en lo siguiente: se introdujeron, en determinados tipos penales, apartados o preceptos donde se hacía una especial mención a quién era el sujeto pasivo que recibía esa violencia. Es lo que se ha conocido como delitos sexuales o de género, aunque, como indica GORJÓN BARRANCO, también incluyen un concepto de violencia cuasidoméstica³¹. Los artículos que se vieron modificados son los que vamos a ver a continuación.

En primer lugar, el artículo 148.4 y 5 prevé una agravación de la pena contenida en el delito de lesiones del artículo 147 si el sujeto pasivo hubiese sido esposa del sujeto activo o hubiesen mantenido análoga relación de afectividad, o bien si fuese una persona especialmente vulnerable que conviviese con el autor. Esta agravación, al contrario que el resto que vamos a ver, es potestativa, el juez o tribunal podrá o no imponerla atendiendo al “riesgo producido y al resultado causado”³². El Tribunal Constitucional aclara en su Sentencia 41/2010 que con esto se hace referencia a que no basta con que tengan lugar las circunstancias descritas, también es necesario que los hechos revistan un mayor desvalor por el riesgo que produce el acto del agresor y por el nivel de gravedad que el resultado de este acto ha producido³³. Esta agravación supone la imposición de una pena de prisión que oscila entre los dos y cinco años, frente a los tres meses y tres años que prevé el tipo básico de lesiones del 147.

Sobre la constitucionalidad de esta norma se pronuncia la STC 41/2010, inspirada en la STC 59/2008 que veremos en relación al siguiente tipo penal. Esta sentencia fundamentalmente resuelve las cuestiones de si realmente se da un tratamiento diferenciado

³¹ GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. P. 81.

³² En este sentido, STC 41/2010 de 22 julio. RTC 2010\41, STC 45/2010 de 28 julio. RTC 2010\45 y STC 52/2010 de 4 octubre. RTC 2010\52.

³³ Reflejado, en concreto, en el FJ 9 de la STC 41/2010 de 22 julio. RTC 2010\41.

ante una misma conducta dependiendo del sexo de los sujetos, y si se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y el de culpabilidad. Responde a la primera cuestión que el Tribunal Constitucional solo tiene la función de valorar si se ha respetado el principio de igualdad constitucional, correspondiendo al legislador elegir los bienes jurídicos protegidos, las conductas, y las penas asociadas a las mismas. A la hora de valorar la diferenciación establecida, y teniendo en cuenta que tiene como fin prevenir las agresiones en el ámbito de pareja como consecuencia “del dominio del hombre sobre la mujer”³⁴, se considera que el artículo 148.4 no es desproporcionado en cuanto a la diferencia de penas, ya que se pretende acabar con la discriminación de las mujeres en las relaciones amorosas. Por otro lado, se aprecia que el art 148.5 incluye dentro de los sujetos pasivos a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, y además la aplicación de la agravante es de imposición facultativa por el juez, atendiendo al resultado y al riesgo. Estas tres nociones le llevan a afirmar que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad. Además, el Tribunal también argumenta en su FJ 10 que el tipo penal no presupone que el hombre *per se* sea un maltratador y la mujer sea siempre una víctima vulnerable. Se rechaza igualmente que se haya vulnerado la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, ya que no existe en la norma ninguna presunción, simplemente se da el valor a estas conductas como de “mayor gravedad”³⁵.

Igualmente se modificó el artículo 153 que regulaba los malos tratos no habituales introduciendo las dos modalidades anteriormente señaladas de sujetos pasivos, y añadiendo la de los sujetos contenidos en el artículo 173.2. Coexisten en este artículo, por tanto, una agravante por violencia de género cuando la víctima sea una mujer que haya estado ligada al autor o persona especialmente vulnerable que conviva con el mismo, y otra modalidad agravada por violencia doméstica, cuando se trate de ascendientes, descendientes, hermanos, convivientes, menores o incapaces, y en general aquellas personas que queden dentro del “núcleo de convivencia familiar”³⁶. Las penas de la agravante por violencia de género son ligeramente más elevadas que las de la agravante por violencia doméstica, véase: pena de prisión de seis meses a un año frente a tres meses a un año; inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años frente a de seis meses a tres años. Con respecto a las penas de trabajos en beneficio de la

³⁴ Cfr. FJ 7 de la STC 59/2008 de 14 mayo. RTC 2008\59.

³⁵ Vid. GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. Pp. 139-142.

³⁶ Cfr. Artículo 173.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

comunidad, y las de privación de la tenencia y porte de armas, son idénticas en ambos supuestos, estableciéndose una duración de treinta y uno a ochenta días, y de un año y un día a tres años, respectivamente. La modificación de este artículo ha conllevado la interposición de sendas cuestiones de inconstitucionalidad. Destacamos especialmente la STC 59/2008, que inspiró y sentó las bases para la resolución de otras sentencias como fueron la STC 52/2010 y STC 41/2010, declarándose en todas ellas la constitucionalidad de la norma.

La STC 59/2008 sentó precedente respondiendo a la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante este artículo donde se alegaba una vulneración a los principios de igualdad ante la ley, de dignidad, de presunción de inocencia, de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena. Con respecto al principio de igualdad, el Tribunal considera que existe un fin discernible y legítimo como es prevenir³⁷ y combatir la Violencia de Género en una relación de pareja. Además, basa su existencia en la mayor lesividad de estos actos cuando se cometen hacia una mujer, lesividad que se manifiesta hacia su seguridad, hacia su libertad y hacia su dignidad. LARRAURI precisamente rebate las críticas a esta sentencia que argumentan que idénticas conductas deben tener idénticas penas, respondiendo que hay idénticas conductas que desembocan en distintos resultados teniendo en consideración la variable de género. Igualmente critica que en estos supuestos se usen expresiones como “forcejeos mutuos”, como si esta dualidad de agresiones desembocase en un mismo desvalor o en idéntica posibilidad de lesión³⁸. Volviendo a la argumentación del Tribunal, este afirma que el artículo objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no se basa en el sexo de los sujetos activos y pasivos, “el que...” es una construcción neutra que se usa para

³⁷ LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *Revista Indret*, Nº 1, año 2009. Recuperado en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Última visita: 05/06/19), en su página 8 recuerda que precisamente esta función preventiva es la que ha justificado la tipificación de determinadas conductas en el Código Penal. El propio Tribunal Constitucional admitió que una pena mayor tiene a su vez un efecto preventivo mayor, aunque otras autoras como ALCALÉ SÁNCHEZ no están de acuerdo con la afirmación de que el endurecimiento punitivo realice una función preventiva, así ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 436.

³⁸ LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *Revista Indret*, Nº 1, año 2009. Recuperado en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Última visita: 05/06/19). Pp. 10-12.

todos los tipos penales y no tiene por qué suponer una alusión automática al género masculino. Esto sin obviar el papel histórico que han jugado los hombres y las mujeres en el marco de la Violencia de Género, siendo las mujeres un “grupo menospreciado”³⁹. Tampoco considera que la diferencia establecida sea desproporcionada, ya que “La diferencia se produce solo en el mínimo de la pena, hay una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad idéntica en ambos casos, y en el supuesto de circunstancias excepcionales la pena puede rebajarse un grado acudiendo al artículo 153.4.”⁴⁰.

También se modificaron las amenazas leves del art. 171.4 y coacciones leves del 172.2 introduciendo las penas de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, y cuando lo considere el Juez, la inhabilitación especial vista en el apartado anterior. La constitucionalidad de estos dos tipos penales se ve resuelta mediante STC 45/2009 y 127/2009, respectivamente.

En la primera sentencia el tribunal resuelve, de nuevo, sobre la cuestión de si existe una diferencia de trato a los sujetos activo y pasivo en relación a su sexo. Pone en conexión la pena que se impone en el delito de amenazas leves con el uso de armas siendo el sujeto activo un hombre y el sujeto pasivo una mujer pareja o ex pareja del autor, con la pena prevista cuando se trata de uno de los sujetos del art. 173.2. Igualmente se señala que la diferencia es menor en las amenazas leves sin uso de armas o instrumentos peligrosos, que pasa a ser una falta⁴¹ cuando no se produce entre los sujetos de este artículo 171.4.⁴² El Tribunal, tras analizar como hizo ya en la STC 59/2008 el principio de igualdad, legitimando la diferenciación establecida, afirma no ver problema en la cuestión de las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos. Sobre la diferencia penológica en el ámbito de las amenazas leves sin armas o instrumentos peligrosos, señala que la diferencia entre delito y falta ya fue abarcada con respecto al artículo 153.1, en una cuestión de

³⁹ Cfr. STC 59/2008 de 14 mayo. RTC 2008\59.

⁴⁰ LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *Revista Indret*, N° 1, año 2009. Recuperado en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Última visita: 05/06/19). Pp. 8-9.

⁴¹ Aunque las faltas estuviesen vigentes en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tenemos que recordar que la LO 1/2015 derogó el Libro III, eliminándose las faltas del Código Penal e introduciendo los delitos leves.

⁴² Vid. GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. P. 185.

inconstitucionalidad que fue rechazada por infundada. Remarca que esta diferencia se basa en “la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres”⁴³. Recuerda además que el sistema flexible de determinación de la pena abre la puerta a la sustitución de la pena de prisión o a su reducción en un grado, disminuyendo esa diferencia punitiva.⁴⁴

Con respecto a la segunda sentencia, la inconstitucionalidad de este precepto en base al principio de igualdad, presunción de inocencia, principio de culpabilidad, principio de taxatividad y de legalidad, principio de interdicción de la arbitrariedad y del principio de proporcionalidad. El Tribunal resuelve esta cuestión remitiéndose a las STC 59/2008 y 45/2009⁴⁵, ya mencionadas y analizadas.

En cuarto lugar, se reformó el delito de quebrantamiento de condena mediante el artículo 468.2. Este artículo establece una pena de prisión de seis meses a un año a quien, bien quebrante una pena del artículo 48⁴⁶, bien quebrante una medida cautelar o de seguridad en las que el sujeto pasivo sea alguno de los establecidos en el artículo 173.2. Lo mismo se establece con respecto a la libertad vigilada. Este artículo se erige como un tipo específico del 468.1 CP que tiene como base la protección “global y multidisciplinar propugnada por la Ley de Violencia de Género”⁴⁷. Además, señala MONTANER FERNÁNDEZ, que este delito de quebrantamiento de condena se constituye como un delito pluriofensivo, ya que el bien jurídico protegido es, además de la Administración de Justicia, “la indemnidad de la mujer y de otras víctimas de delitos de violencia de género”⁴⁸.

⁴³ Cfr. GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. P. 187.

⁴⁴ Esta cuestión es desarrollada más ampliamente en GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. Pp. 184-189.

⁴⁵ Vid. GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. Pp. 193-194.

⁴⁶ Véase la privación de residir en ciertos lugares, de aproximación a la víctima, familiares u otros individuos que establezca el Juez o de comunicación con estos mismos.

⁴⁷ Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”. *Revista Dialnet*. N° 4, Año 2007. P. 9. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390132> (Última visita: 05/06/19).

⁴⁸ Ídem.

Con respecto a este precepto conviene recordar que hasta 2008, el consentimiento de la mujer a reanudar la convivencia con su agresor, sobre el que ha recaído una orden de protección, excluye la responsabilidad penal. A partir del año 2008, el Tribunal Supremo pasa a considerar que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad⁴⁹. Se toma como base el principio de que el perdón del ofendido solo extingue la responsabilidad criminal en “delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o cuando la ley así lo prevea”⁵⁰.

Por último, se reformaron los artículos 83 y 84 sobre la suspensión y sustitución de la pena, estableciendo que la suspensión debía condicionarse no solo al hecho de no delinquir sino también a las prohibiciones de aproximación, comunicación y residencia que se hubiesen establecido, así como el deber de participar en programas formativos. Por otro lado, la sustitución de la pena de prisión en este proceso solo puede hacerse con respecto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pretendiendo de esta manera dejar de lado las penas de multa que muchas veces pueden perjudicar a la mujer por la dependencia económica que pueda existir en esa relación. Además, en ambos casos se exige que a la hora de su adopción se atienda a ciertos caracteres como son las circunstancias personales del agresor y su conducta, o los hechos, entre otras⁵¹.

Una de las críticas que ha recibido esta reforma por autoras como MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, o ALCALÉ SÁNCHEZ⁵², se basa en el hecho de no establecer las modalidades agravadas en los tipos penales más trascendentes o graves, como el de homicidio, agresiones sexuales o detención ilegal, no aplicándoseles lo dispuesto para la suspensión y sustitución de este tipo de penas.

⁴⁹ Vid. STS 39/2009 de 29 enero. RJ 2009\819.

⁵⁰ Cfr. Art. 130.5 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

⁵¹ Vid. ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 411

⁵² Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 20, año 2018. P. 13. Recuperado en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19), y ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 417

Por otro lado, en el año 2015 se lleva a cabo, de nuevo, una reforma al Código Penal en la materia de Violencia contra las mujeres, incorporando con la promulgación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, dos grandes novedades.

La primera de ellas supone la introducción de la circunstancia del género en la agravante genérica de discriminación del artículo 22.4, que ha demostrado no ser redundante con la agravante por sexo, ya que abordan circunstancias distintas. La agravante por sexo se relaciona con las características biológicas y fisiológicas de las personas. Un sector de la doctrina mantiene que es una agravante que puede ofrecer protección tanto al hombre como a la mujer. Además, no exige que la agresión se produzca con una intención de dominación de un sexo sobre otro. En cambio, la agravante de género se entiende englobada dentro del contexto de dominación del hombre sobre la mujer⁵³. Se ha planteado la cuestión de si cabe la aplicación de esta agravante por motivos de género a los delitos sexuales introducidos por la LOMPIVG, que ya hemos visto. Respondiendo a esta pregunta, señala ALCALÉ SÁNCHEZ que de hacerlo se estaría violando el principio de *non bis in ídem*, pero en cambio sí que sería posible aplicarla al resto de delitos que no estuviesen sexuales⁵⁴. Esto es positivo porque se ofrece una protección más extensa a las personas que puedan sufrir agresiones por razón de su género, ya no solo dentro de la pareja. Pero por otro lado, hay que tener en cuenta que para un sector de la jurisprudencia, existe una diferencia en lo que respecta a la prueba en los delitos de género y en la agravante genérica. Esta diferencia consiste en que, para que se admita la aplicación de esta segunda se debe demostrar, no solo que el agresor pretendiese dañar a la mujer víctima, sino que, además de esto, en esa agresión existiese un ánimo discriminatorio hacia la misma, por el mero hecho de ser mujer⁵⁵. *A sensu contrario*, este ánimo discriminatorio es algo que no hay que probar en los delitos de género, simplemente habrá que demostrar que el agresor con sus actos ha incurrido en la conducta descrita en el tipo penal de que se trate.

⁵³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 20, año 2018. P. 7-12. Recuperado en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19)

⁵⁴ ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 421.

⁵⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 20, año 2018. Pp. 7-16. Recuperado en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19)

La agravante de género extiende su ámbito de aplicación a todas las agresiones con ánimo de dominación hacia una mujer por el hecho de serlo. A estos efectos es muy reveladora la reciente STS 565/2018, que se analizará en el apartado de problemas concursales, y que manifiesta lo siguiente: “Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”.

La segunda novedad implica la entrada al Código Penal de nuevos tipos penales no sexualizados. Esto supone introducir conductas que, pese a que en el texto legal no estén sexualizados, a nivel criminológico sí lo están. Decimos esto, porque son agresiones que tienden a producirse como consecuencia del propio funcionamiento del sistema patriarcal, que coloca de forma estructural a los hombres en el papel de dominante y a las mujeres en el de dominada, generalmente⁵⁶. Algunos de estos tipos no sexualizados son: el delito de matrimonios forzados, el delito de *stalking*, la especialidad del delito de quebrantamiento de condena recogido para los casos de Violencia de Género, el delito de *sexting*, o incluso los referidos a la mutilación genital femenina y algunas conductas delictivas relativas a la prostitución⁵⁷. En este sentido, los delitos contra la intimidad, como el ya mencionado *sexting*, se han incorporado al listado de delitos que son competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Autoras como ACALE SÁNCHEZ consideran que los delitos que acabamos de mencionar son agresiones que también se integran en el concepto de Violencia de Género del artículo 1.3 LOMPIVG, pero que sin embargo pueden ser consideradas de este modo al restringirse, en el apartado primero de la LOMPIVG, el

⁵⁶ Pese a que la existencia de esta relación dialéctica sea clara a nivel sociológico, el derecho debe tratar de ofrecer la protección necesaria a la mujer por encontrarse en esa situación de subordinación, pero teniendo cuidado de no asociar sistemáticamente a los hombres el papel de sujeto activo del delito y a las mujeres el de sujeto pasivo, ya que de ser así se estaría cayendo en un derecho de autor.

⁵⁷ Así, los recogidos en el Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores” del Título III del Código Penal “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

ámbito material de la mencionada ley a las relaciones de pareja⁵⁸. Se debe considerar como algo positivo el hecho de que, pese a que estos tipos invisibilicen que se trata de violencias llevadas a cabo sistemáticamente contra las mujeres, siguen brindándolas protección desde esa redacción neutral. También hay que tener en consideración que son tipos penales que en muchas ocasiones abordan situaciones en las que, además de encontrarse normalmente en la posición de sujeto pasivo una mujer, también pueden influir e influyen otros factores, como su condición étnica o de persona migrante, a la hora de poder convertirse en víctima de los mismos⁵⁹. Sin embargo, y a nivel de inconveniente, tenemos que poner de relieve que surgen problemas en torno a la aplicación de lo dispuesto para los tipos sexuales con respecto a la suspensión y sustitución de las penas en lo que respecta a estos supuestos de delitos no sexuales, ya que el régimen especial establecido para ambas está previsto para los delitos de Violencia de Género, y los delitos no sexuales no tienen tal catalogación⁶⁰.

2.2 Problemas concursales

De lo anteriormente visto podemos concluir que tenemos en nuestro país, por un lado, una Ley Orgánica que brinda protección a las víctimas de Violencia de Género, cuando esa violencia se produce en el marco de una relación de pareja presente o pasada. Por otro lado, nuestro legislador ha ido paulatinamente reconociendo que la Violencia contra las mujeres va más allá de lo que entendió la LOMPIVG como Violencia de Género, introduciendo en el ordenamiento otras herramientas mediante las cuales poder abarcar estas violencias, como son la agravante de género o los tipos no sexuales. Actualmente, esos son los tres medios de los que disponemos en nuestro país para proteger a las mujeres frente a la Violencia Patriarcal sin que, a día de hoy, este concepto haya sido acogido a nivel legal.

⁵⁸ ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 427

⁵⁹ Por ejemplo, en el caso de los delitos de matrimonio forzado, o en los supuestos de los delitos relativos a la prostitución y explotación sexual.

⁶⁰ Este asunto se encuentra más ampliamente desarrollado en ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 426-430.

Partiendo de la base de la existencia de estas tres herramientas, debemos realizar un análisis de la cuestión de los problemas concursales más relevantes que pueden plantearse entre ellas, al haberse creado y desarrollado de un modo inconexo. También debemos observar los resultados a los que pueden conllevar estos problemas concursales en lo que respecta a generar en el imaginario colectivo, no solo de la sociedad en general sino también del derecho en particular, una concepción más amplia de lo que supone la Violencia contra las mujeres.

2.2.1 La agravante de género, la agravante por sexo y la circunstancia mixta de parentesco: especial mención a la STS 565/2018

Ya hemos hablado en apartados anteriores del ámbito y alcance de la agravante de género del artículo 22.4 CP. Debemos entrar ahora a desarrollar el contenido de la agravante de parentesco del artículo 23 CP⁶¹ y reflexionar sobre la posibilidad de aplicar de forma concurrente ambas agravantes, tomando como referencia lo establecido en la STS 565/2018. Igualmente, también hablaremos de la postura fijada en esta sentencia con respecto a la relación y las diferencias entre la agravante por razones de género y por razones de sexo, ambas enmarcadas en el art. 22.4 CP.

Antes de nada, tenemos que aclarar que esta circunstancia mixta de parentesco será estudiada, en este caso, desde su vertiente agravante⁶².

Debemos preguntarnos, a estos efectos, si la agravante de parentesco es compatible con la agravante de género y en qué contexto se enmarcaría dicha compatibilidad. Tenemos que adelantar que en la actualidad la generalidad de los Tribunales sí que las aplican

⁶¹ El artículo 23 CP establece que “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, 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 conviviente”. Cfr. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

⁶² Teniendo además en cuenta que la jurisprudencia sostiene que la circunstancia mixta actuará como agravante en los delitos contra las personas y como atenuante en los delitos contra el patrimonio llevados a cabo sin violencia o intimidación.

conjuntamente en ciertas ocasiones⁶³. Para entender el sentido y el alcance de esta aplicación conjunta tenemos que atender al contenido de la STS 565/2018.

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por un hombre condenado por los siguientes delitos: maltrato habitual, amenazas graves y homicidio intentado. Los mismos fueron cometidos hacia la que era en ese momento su pareja, con la que mantuvo una relación con convivencia durante tres años. Al delito de homicidio intentado se le ha aplicado de manera concurrente la agravante de género y la agravante de parentesco⁶⁴.

Se alega en el recurso de casación que se ha incurrido en una vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, e igualmente que se ha producido una infracción de la ley refiriéndose concretamente al art. 849.1 y 2 LECrim⁶⁵, por error en la valoración de las pruebas, por infracción del art. 172.3 CP⁶⁶. También se alega esta

⁶³ Encontramos múltiples ejemplos en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 20, año 2018. P. 16. Recuperado en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19), como son: AP de Lleida (Sección 1ª), Sentencia núm. 56/2017 de 7 de febrero, AP de Madrid (Sección 27ª), Sentencia núm. 160/2018 de 9 de marzo, AP de Granada (Sección 2ª), Sentencia núm. 4/2018 de 12 de enero, AP de Asturias (Sección 3ª), Sentencia núm. 517/2017 de 4 de diciembre, o AP de A Coruña (Sección 1ª), Sentencia núm. 197/2018 de 2 de mayo.

⁶⁴ Recordemos que en los otros dos delitos no podrían aplicarse por ya encontrarse agravados por ser el sujeto pasivo la pareja o ex pareja del agresor. De aplicar la agravante de género en estos supuestos se estaría violando el principio de non bis in ídem.

⁶⁵ Que expresan, respectivamente, que: “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal. 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. Cfr. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> (Última visita: 12/06/2019)

⁶⁶ Relativo a la modalidad agravada de coacciones, que recordemos que es uno de los delitos de género introducido por la LOMPIVG.

infracción respecto de los arts. 138, 16 y 62 CP⁶⁷ y se señala, por último, la vulneración de los arts. 22.4 y 23 CP al haber aplicado ambas agravantes.

Centrándonos en esta última cuestión, por ser la relativa al caso que nos atañe, el Tribunal Supremo señala en primer lugar que queda acreditada la convivencia de la pareja, que mantenía una relación análoga a la conyugal, en los hechos probados, siendo de aplicación la agravante de parentesco. El recurrente alega que entre ambos no existía afecto, lo que, según él, impediría que se aplicase la agravante. Ante esta alegación, el Tribunal responde que no es relevante esta existencia de un sentimiento subjetivo de afecto, sino que lo que se tiene en cuenta es que concurra o haya concurrido una relación de pareja entre las partes, y el que exista o haya existido convivencia entre ambos. Como ambos requisitos concurren en este caso, el Tribunal declara que la agravante por parentesco ha sido correctamente aplicada⁶⁸.

Con respecto a la agravante de género, recuerda el Tribunal la relación que existe entre su introducción en el ordenamiento y la necesidad de adaptar el mismo al Convenio de Estambul, ratificado por España, y particularmente a su artículo 3.d. Este artículo define la Violencia hacia las mujeres por razones de género como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. En consonancia, la agravante de género del art. 22.4 trata de poner de manifiesto el mayor desvalor de la actuación del autor cuando está movida por un objetivo de dominación hacia los colectivos mencionados sumado a la creencia de que la víctima es inferior. Y, en este punto, el Tribunal señala un dato crucial, que ya mencionamos anteriormente: la agravante de género cruza la línea de las relaciones de pareja, siendo aplicable en cualquier situación en la que se agrede a una mujer con ese objeto de dominación, por el hecho de serlo⁶⁹.

El Tribunal plantea una cuestión muy interesante a efectos concursales y es que la agravante de género tiene conexión con otras dos agravantes: la agravante por discriminación por sexo, y la agravante de parentesco. Señala que en ninguna de ellas se exige un ánimo de dominación del hombre respecto de la mujer. La aplicación de la agravante de parentesco implica que exista una estabilidad en la relación de pareja, rasgo que, como ya hemos visto, no se exige en la agravante de género. En cuanto a la agravante

⁶⁷ Relativos al homicidio, la tentativa y a la regla de aplicación de las penas en el caso de tentativa del delito, que indica que se impondrá la pena reducida en uno o dos grados del delito consumado.

⁶⁸ Vid. FJ 7, STS 565/2018 de 19 noviembre. RJ 2018\4957. Pp. 14-17.

⁶⁹ Vid. FJ 7, STS 565/2018 de 19 noviembre. RJ 2018\4957. P 18.

por sexo, ya hemos mencionado con anterioridad que hace referencia a características biológicas y fisiológicas, mientras que el género se refiere a cuestiones o a roles sociales. Con todo, puede ser que las bases de ambas agravantes coincidan en determinados casos, pero es posible distinguirlas por ese ánimo de machismo y dominación. El propio Tribunal señala que en la Exposición de motivos de la LO 1/2015 ya se indica que la agravante de género puede abarcar actos discriminatorios diferentes de los que se engloban en la categoría del sexo. Menciona, del mismo modo, la postura fijada en la STS 420/2018, que reafirma la diferencia entre el trasfondo biológico de la agravante por sexo y el social de la agravante por género, confirmando que en la primera no existe un ánimo de dominación del hombre sobre la mujer por el hecho de serlo, y que además el sujeto pasivo también puede ser un hombre. Además, destaca que la agravante por sexo puede concebirse fuera del ámbito de la pareja, pero esto no quiere decir que el móvil de esta sea el mismo que en el caso de la agravante por género, como acabamos de ver en la dicotomía expuesta por el Tribunal entre lo biológico y lo social. Tal y como exponía DÍAZ LÓPEZ con respecto a la agravante por razón de sexo “no se aplicará la circunstancia agravante cuando el sujeto *solamente* pretenda perpetuar unos determinados roles de género, sino cuando actúe motivado por su deseo de causar un mal a su víctima por el solo hecho de ser biológicamente mujer (u hombre)”⁷⁰.

Maneja el Tribunal, a estos efectos, un concepto que me parece muy revelador a la hora de considerar que es de aplicación la agravante de género, y es el concepto de “escenario del miedo”⁷¹. El escenario del miedo supone la creación de un “clima de terror para llegar a dominar su capacidad de decisión y voluntad al someterla a sus decisiones, lo que implica un acto de dominación y machismo que conduce a la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP”⁷². De este modo, el escenario del miedo se configura como un posible indicativo para apreciar la existencia de ese machismo que persigue la agravante de género.

Habiendo sentado estas bases, el FJ 8 se encarga de determinar la compatibilidad entre la agravante de género y la agravante de parentesco. Se señala, que la primera agravante tiene

⁷⁰ Cfr. DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. “Capítulo V. Algunas implicaciones del fundamento propuesto”, DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*. Madrid: Ed. Civitas 2013, P. 301.

⁷¹ Concepto utilizado en la STS 247/2018, de 24 de mayo, y reflejado en STS 565/2018 de 19 noviembre. RJ 2018\4957, FJ 7, pág. 20.

⁷² Ídem.

un rasgo subjetivo, que es la intención de dominación, mientras que la segunda tiene un rasgo objetivo, que es la existencia de una convivencia. Esta diferencia que radica en los rasgos que definen cada una, justifica que pueda haber casos en los que, efectivamente, sea compatible el hecho de aplicar la agravante de parentesco por los “vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho”⁷³, con la de género por el móvil de dominar a una mujer, conllevado por la concepción de esta como un ser inferior, por el mero hecho de su pertenencia al género femenino.

Creo que es importante resaltar el matiz que añade el Tribunal de que los vínculos también pueden ser familiares. Es importante por el hecho de que, aplicándose de forma concurrente ambas agravantes, en estos casos, se permite apreciar una concepción más amplia de lo que se entiende por víctima de Violencia hacia la Mujer, englobando a otras mujeres que convivan con el agresor, como pueden ser sus madres, hijas, abuelas, etc. y resaltando que la agresión viene movida por un objeto discriminatorio por el género de la víctima. Ya lo decía REYES CANO cuando referenciaba el paso de invisibles, a visibles, considerando que la posición jurídica que se ha dado al Paterfamilias a lo largo de la historia ha supuesto “una posición de sumisión y debilidad de las mujeres en los sistemas de poder y autoridad familiar”⁷⁴. Se entiende, por tanto, que no se trata solo de una cuestión de parentesco, sino que esta circunstancia se entrelaza con la posición de dominación a la que se ha sometido sistemáticamente a las mujeres a lo largo de la historia.

Volviendo a la argumentación del Tribunal, este expone que ambas agravantes pueden aplicarse tanto aislada, como conjuntamente, y que esta segunda opción no vulnera en ningún caso el principio de *non bis in ídem*, porque nos encontramos en un caso en el que concurren dos hechos distintos: por un lado, la discriminación de la mujer por su género, y por otro, el incumplimiento de los deberes morales que conllevan los vínculos familiares y de afectividad, con el rasgo, recordemos, de convivencia.

⁷³ FJ 8, pág. 21.

⁷⁴ REYES CANO, Paula. “Menores y Violencia de género: de invisibles a visibles”. *Ed. Universidad de Granada. Anales de la cátedra Francisco Suárez. Revista de filosofía jurídica y política*. N° 49, año 2015. Pp. 181-217. Recuperado en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3282/3310> (Última visita: 05/06/19)

Lo que sí vulneraría el principio de *non bis in ídem* sería la aplicación de cualquiera de estas circunstancias agravantes a los delitos de género que introduce la LOMPIVG en el Código Penal⁷⁵, a los que nos referimos en su momento en este trabajo.

Como ya se ha mencionado cuando se hablaba de los vínculos familiares, y haciéndolo extensible a esta conclusión final, resulta muy relevante el contenido de esta sentencia. Es importante, no solo con respecto a la resolución del problema concursal sobre si se puede aplicar la agravante de género conjuntamente con la agravante de parentesco y con la de sexo, sino también en relación al objetivo de la ampliación del imaginario colectivo, que ya mencioné anteriormente. Se trata de expresar, entrelazando estas dos agravantes, que lo que se engloba como violencia doméstica también puede, en ocasiones, tener una motivación de género. De este modo, y con esta interpretación, se saca de la oscuridad del ámbito privado, en la que también ha estado sumida durante mucho tiempo la Violencia de Género, esta Violencia que sufren las mujeres, por el hecho de serlo, dentro del propio entorno familiar.

Por otro lado, y para terminar, aunque la sentencia estudiada aborde la cuestión de la agravante por sexo de manera más tangencial, considero relevante el planteamiento que extrae de la STS 420/2018 en cuanto a que contribuye a reafirmar la naturaleza de la discriminación por razón de género como un fenómeno de carácter social, separándolo de la cuestión de sexo y comprendiendo que agresiones con trasfondos distintos, merecen una regulación por vía de agravantes distintas, comprendiendo sus peculiaridades y características propias.

2.2.2 Análisis de los problemas concursales en los delitos sexuales

Se pretende, a continuación, conocer el alcance de los delitos sexuales introducidos por la LOMPIVG, pretendiendo diferenciar entre el contenido típico intrínseco a los mismos y aquellas conductas respecto de las cuales podría plantearse un concurso de delitos o de leyes, la existencia de un delito continuado, etcétera.

Por lo tanto, el objetivo de este epígrafe es el de apreciar los problemas concursales que pueden darse entre los delitos reformados por la LOPIVG y otros delitos, comunes o

⁷⁵ Así se expone esta idea en el FJ 8, P. 24.

sexuados, que habitualmente concurren con los mismos por la propia manera en la que se desarrollan las agresiones en el campo de la Violencia de Género⁷⁶

2.2.2.1 Las lesiones agravadas del artículo 148.4 y 5 CP

Como ya sabemos, esta modalidad agrava el tipo básico de lesiones establecido en el art. 147 CP cuando la víctima fuese o hubiese sido esposa del agresor o existiese análoga relación de afectividad, o bien si fuese una persona especialmente vulnerable que conviviese con el autor. Lo cierto es que, aunque la literalidad del texto no parece traer ningún tipo de complicación, la realidad es bien distinta, ya que sucede que muchas veces este delito puede manifestarse acompañado de otros. Lo que tendremos que ver es hasta qué punto son delitos autónomos, o si uno ha sido necesario para la perpetración del segundo, o incluso hasta qué punto alguno pueda quedar absorbido en el contenido del otro.

En primer lugar, tendríamos que preguntarnos qué sucedería si mediase en esta conducta el uso de armas. En este caso lo que tenemos que tomar en consideración es cuál es el uso que se da a esas armas en el contexto de la agresión.

Por un lado, si ese arma se usase como herramienta para agredir a alguna de las personas del art. 148.4 y 5 se produciría un concurso ideal de delitos⁷⁷ con el tipo agravado de lesiones por uso de armas del art. 148.1⁷⁸ con el tipo de lesiones del art. 147 y 148.4 y 5 CP. Con todo, debemos tener en cuenta lo establecido en la STS 1267/2003, de 8 de octubre,

⁷⁶ Con ello me refiero a que el clima que genera la violencia de género provoca que una agresión contenida en los tipos sexuados no suela venir sola, sino que esté acompañada de otras conductas delictivas dirigidas a producir mayor intimidación, vejación o sufrimiento en la víctima.

⁷⁷ Es ideal porque, tal y como establece el art. 77.1 CP, se produce un concurso ideal de delitos cuando “un solo hecho constituya dos o más delitos”. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

⁷⁸ En concreto, el artículo 148.1 CP establece que “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.” Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

que manifiesta, respecto del artículo 148.1, que “La forma agravada, sólo puede entrar en juego cuando se dan una serie de circunstancias, objetivas y subjetivas, que denotan, de manera inequívoca, el propósito del autor de convertir, un instrumento inicialmente inespecífico, en algo real y objetivamente peligroso”⁷⁹. En este sentido, la SAP de Navarra 103/2010, de 28 de junio, reconoció no haber lugar al concurso de delitos planteado, porque el acusado no había usado el cuchillo para agredir a la víctima, su ex pareja, sino que simplemente lo sostenía en la mano en determinados momentos de la agresión, mientras amenazaba con matarla.

Esto nos lleva a plantear la cuestión de qué sucede cuando el arma está presente en la agresión, pero no se utiliza para causar lesiones a la víctima. Es muy habitual que en los casos de lesiones u homicidios la agresión física vaya acompañada de amenazas. En el caso de que precisamente se use el arma para amenazar a la víctima, estaremos ante un concurso real de delitos⁸⁰ entre el delito de lesiones del art. 147 y 148.4 y 5 CP, y el delito de amenazas del art. 169 o 171.4 CP, dependiendo de la entidad de la amenaza realizada.

También es posible que, para asegurar la consumación del delito de lesiones, el autor decida encerrar a la víctima para así evitar la huida ante la sospecha de que pueda ser agredida. En este caso, y tomando como base que el derecho de corrección⁸¹ no alcanza al supuesto de la detención conyugal⁸², extremo confirmado por la SAP de Bizkaia de 29 de junio de 2006, tenemos que interpretar que se produce un concurso medial⁸³ entre el delito de detención

⁷⁹ Cfr. FJ 2 STS 1267/2003, de 8 de octubre. RJ 2003\7903.

⁸⁰ Tomando como base el art. 73 CP que dice lo siguiente: “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.”.

⁸¹ El derecho de corrección consiste en el derecho de los padres y los tutores a corregir a sus hijos y tutelados, contemplando la posibilidad, entre otras, de que se les pueda impedir no salir del hogar familiar durante un cierto tiempo a modo de castigo, o no se permita abandonar el aula hasta que el alumno haya realizado sus obligaciones.

⁸² Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Tema 6. Delitos contra la libertad”, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Ed. Colex, 2015. P. 131.

⁸³ El concurso medial se plasma en el art. 77.1 CP, expresando que: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.”. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

ilegal del art.163.1, y el delito de lesiones del art. 147 y 148.4 y 5 CP. En cualquier caso, aquí debemos matizar que en ocasiones para lograr el fin de privar de libertad a una persona es necesario el uso de la violencia física e incluso de golpes. LAMARCA PÉREZ expone que es irrelevante en la determinación del tipo que medie violencia, intimidación, fuerza o medios fraudulentos⁸⁴, por lo que parece dar a entender que salvo que alcancen la entidad para considerarles delitos autónomos, y estar, como ya hemos visto, ante un concurso de delitos, quedarán estos actos subsumidos en el tipo de detenciones ilegales.

Es necesario saber que en el caso de que no exista una intención de lesionar, sino que concurra un verdadero ánimo de matar a la pareja o ex pareja, las lesiones causadas se verán absorbidas por el delito de homicidio en grado de tentativa. Es cierto que en la práctica es difícil identificar cuando se da un ánimo u otro, y por ello deberemos atender a las características objetivas del acto o del resultado causado. Por ejemplo: si el autor ha manifestado su intención de matar a la víctima, el número de heridas y la zona donde se han causado, etc.

Debemos contemplar también un supuesto que se ha tornado recurrente en nuestra jurisprudencia, nos estamos refiriendo al caso de que esas lesiones puedan darse en el contexto de una agresión o un abuso sexual, y viceversa. Para calificar esta concurrencia, deberemos atender al caso en concreto. Puede suceder que concurra un concurso real de delitos en el caso en que se conformen como varios actos autónomos que desembocan, consiguientemente, en varios delitos. Así, el Tribunal Supremo en STS 62/2018, de 5 de febrero, recuerda que “cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, el régimen de concurso es el del concurso real y ello porque el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual”⁸⁵. También puede ocurrir que, como consecuencia de la agresión o el abuso sexual, se deriven lesiones, en ese caso deberemos valorar los hechos para determinar si concurre un concurso ideal de delitos, o si las lesiones quedan absorbidas en el delito de abuso o agresión sexual. Un buen ejemplo es la SAP de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo, donde

⁸⁴ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Tema 6. Delitos contra la libertad”, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Ed. Colex, 2015. P. 132.

⁸⁵ Cfr. FJ 8 STS 62/2018, de 5 de febrero. RJ 2018\293

se considera respecto los hematomas causados en la un brazo y en región pectoral bilateral y derecha, por los que necesitó de primera asistencia facultativa, que “las lesiones sufridas por Rocío quedan absorbidas en la agresión sexual, de forma que el acusado para conseguir su propósito libidinoso provocó dichas lesiones, las cuales en modo alguno y de conformidad con el relato de los hechos probados pueden configurar un delito autónomo de malos tratos o lesiones en el ámbito familiar”⁸⁶. Por último, debemos contemplar el supuesto de que exista un concurso medial cuando estas lesiones se consideren actos necesarios para la perpetración de la agresión sexual, tal y como se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo 1676/2013, de 19 de septiembre, donde el agresor causa lesiones a la víctima intentando inmovilizarla para poder agredirla sexualmente.

En último lugar, y teniendo siempre en consideración que pueden existir muchos otros casos de los que se deriven problemas concursales, analizando aquí solo los que he considerado más relevantes, se toma en consideración el caso de que las lesiones puedan quedar absorbidas por los malos tratos del art. 153 CP. Tal y como indica MUÑOZ CONDE, “cuando la lesión es (...) de menor gravedad, o un maltrato sin lesión, y tiene como ofendido una mujer vinculada afectivamente al agresor (Violencia de Género), o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, el art 153.1 impone penas de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad (...). Si la víctima es alguno de los otros sujetos mencionados en el art. 173.2 (...) se impondrá la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad”⁸⁷.

2.2.2.2 Los malos tratos no habituales del art. 153 CP

Lo primero que debemos destacar es que, tal y como hemos señalado al final del apartado anterior, y siendo un contenido que se desprende de la literalidad del propio art.153, los malos tratos no habituales absorben los golpes o el maltrato de obra sin causar lesión a la mujer pareja o ex pareja, persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, o alguno de los sujetos del art. 173. 2 CP.

⁸⁶ Cfr. FJ 1 SAP de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo. ARP 2017\806

⁸⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Capítulo VIII. Violencia de género, doméstica y asistencial”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015. P. 180.

Con respecto al delito de amenazas o al de vejaciones o injurias leves, la reciente STS 49/2019, de 4 de febrero, es clara. La misma indica que “no cabe la absorción propugnada por el recurrente porque los delitos que pide que sean absorbidos protegen bienes jurídicos no contemplados en el delito que señala como absorbente. El artículo 153.1 CP se incluye, como hemos dicho, en el título del Código Penal de las lesiones, los malos tratos que contempla son los malos tratos físicos: el que " golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión". Estos malos tratos no incluyen los ataques al honor (vejaciones o injurias leves) ni los ataques a la libre determinación de la voluntad (las amenazas).” Por ello, no puede considerarse que estos delitos queden absorbidos en el de malos tratos habituales como sí sucedía en el supuesto anterior. Tendrá que plantearse, por lo tanto, la existencia de un concurso real entre los mismos. Esta interpretación se opone a otras que se formularon con anterioridad, como la de la profesora CAMPOS CRISTÓBAL. Esta autora observa la cuestión desde el prisma del menoscabo psíquico que estas pueden producir, estableciendo que cuando se produce un menoscabo psíquico mediante, entre otros delitos, una amenaza o una coacción, solo existe un único delito, y no un concurso, argumentando que siempre debe comprenderse que existe menor lesividad en el menoscabo psíquico respecto del ejercicio de la violencia, física o psíquica⁸⁸. En este sentido encontramos la SAP de Santa Cruz de Tenerife 423/2009, de 10 de septiembre, que concluye “procede imponer una única pena por un delito de malos tratos de los arts. 153.1 y 3, que absorbe también el desvalor derivado de las amenazas (art. 8.3ª CP). La imposición de dos penas (una por el maltrato -art. 153 CP - y otra por las amenazas vertidas en el mismo momento - art. 171.4 CP -) constituye un bis in ídem”⁸⁹.

Por otro lado, si observamos el contenido del artículo 173.2, apreciamos que regula el supuesto de malos tratos habituales⁹⁰, estableciendo una pena agravada en los casos en los que estos actos se dirijan contra ciertos sujetos. Estos sujetos son, entre otros, el cónyuge o persona con la que exista o haya existido análoga relación de afectividad, los descendientes, o personas especialmente vulnerables del núcleo familiar. En este tipo, por lo tanto, se engloba la violencia física o psíquica habitual como un ataque a la dignidad y un delito

⁸⁸ Vid. GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013. P. 148.

⁸⁹ Cfr. FJ 2 SAP de Santa Cruz de Tenerife 423/2009, de 10 de septiembre. JUR 2009\484509

⁹⁰ El dato característico de este tipo penal es, precisamente, la habitualidad. Este es un concepto cuyos límites y aristas pueden convertirlo en algo complicado de determinar en la práctica. Con todo, el art. 173.3 establece unas pautas para determinar lo que se entiende por habitualidad.

contra la integridad moral. Cabe, por lo tanto, que en el transcurso de la comisión de este delito se originen otros que puedan originar un concurso de delitos⁹¹. Redirigiéndolo a los malos tratos no habituales, el Auto del Tribunal Supremo 942/2014 de 22 mayo, manifiesta sobre la declaración de un concurso real de delitos entre los art. 153 y 173, lo siguiente: “conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 192/2011 y 132/2013 , por citar de las más recientes), la habitualidad se configura como comportamiento, eso sí reiterado, pero del que deriva un único resultado específico y autónomo del concreto resultado de cada una de las acciones que se reiteran en el tiempo. Precisamente por ello el legislador ha decidido sancionar separadamente y en concurso de delitos los diversos actos cometidos por el sujeto activo, si aisladamente valorados son susceptibles de tipificarse como tales delitos específicos. La consumación del delito aislado, autónomo del de violencia habitual, difiere así de la consumación del delito habitual”⁹². Igualmente clara en este sentido es la SAP de Granada 772/2016, de 27 de diciembre, exponiendo que “En cuanto a la petición de que el delito de malos tratos del artículo 153.1 del CP (...) y el delito de amenazas de los artículos 173.4 y 5 (...) queden absorbidos por el delito de maltrato habitual, basta con recordar el tenor literal del artículo 173.2 del CP , que postula la autonomía delictiva de esos comportamientos al disponer que la condena por el delito de maltrato habitual se hará «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 descartar esta pretensión”⁹³. Tomando esas dos sentencias como referencia, y teniendo en cuenta que existe una cuantiosa jurisprudencia al respecto, debemos concluir que parece unánime la posición de que estos dos delitos son autónomos entre sí y por tanto deberá apreciarse su concurrencia de manera separada mediante la vía del concurso de delitos.

Otro problema concursal, que es imprescindible mencionar en este punto, es el que se formula si tenemos en cuenta el tipo cualificado del art. 153.3 en lo que respecta a la previsión de llevar a cabo este delito “quebrantando una pena del art. 48 o una medida de

⁹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Capítulo VIII. Violencia de género, doméstica y asistencial”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015. P. 184.

⁹² Cfr. FJ 2 ATS 942/2014 de 22 mayo. JUR 2014\183385

⁹³ Cfr. FJ 3 SAP de Granada 772/2016, de 27 de diciembre. ARP 2017\195

seguridad o cautelar de la misma naturaleza”⁹⁴, y el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP, que también regula el quebrantamiento de penas o medidas cautelares. Ante el planteamiento de este concurso de normas, encontramos una aclaración muy útil en la SAP de Madrid, 634/2009, de 15 de junio, que establece que “la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003 (...) como la mayor parte de la doctrina, que cuando se produce la comisión de los subtipos agravados de los artículos 173.2.2º, 153.3, 171.5 y 172.2.3º del Código Penal , por haberse cometido los hechos quebrantando una pena o medida de prohibición de aproximación, entiende que nos encontramos ante un supuesto de normas con el delito de quebrantamiento de medida o de condena del artículo 468.2 del Código Penal , a resolver a favor de los referidos subtipos agravados, en virtud del principio de especialidad, que establece el artículo 8.1 del Código Penal”⁹⁵. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife, 317/2011, de 12 de septiembre, cuando el Tribunal manifiesta que “En ese supuesto, siguiendo la doctrina asentada en la S.T.S. 1151/2.009, de 17 de noviembre , "El hecho de que se quebrantara la medida de alejamiento, al tiempo que se cometía el delito de maltrato y, por ello, se agravara este, impide que aquella circunstancia se valore nuevamente para postular una punición autónoma como delito del artículo 468 del Código Penal .", pues si también se pena ese hecho del quebrantamiento, el mismo recibiría una doble sanción: la una como agravante del otro delito y la otra por ser penado autónomamente, conculcándose así el principio non bis in ídem”⁹⁶, apreciando además la concurrencia de un delito continuado cuando hayan sido varios los quebrantamientos de condena realizados⁹⁷. Por lo tanto, ante la concurrencia de estos dos delitos, el concurso de normas se debe resolver en favor del delito de maltrato no habitual del art. 153.

2.2.2.3 Las amenazas leves del art. 171.4 CP y las coacciones leves del art. 172.2

A continuación, se estudiarán conjuntamente los problemas concursales de esta modalidad de amenazas y coacciones. La decisión de realizar este estudio conjunto se justifica en que

⁹⁴ Cfr. Art. 153.3 del Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

⁹⁵ Cfr. FJ 2 SAP de Madrid, 634/2009, de 15 de junio. JUR 2010\300313

⁹⁶ Cfr. FJ 2 SAP de Santa Cruz de Tenerife, 317/2011, de 12 de septiembre. JUR 2009\484509

⁹⁷ Ídem.

se ha observado que ambos delitos, por sus características, pueden presentar problemas concursales muy similares.

El principal problema que podemos encontrar es que no existen criterios claros para saber a priori cuando una amenaza o coacción es leve o grave, sino que tendremos que estar a las peculiaridades de cada caso en concreto. Esta cuestión no es baladí, ya que si las amenazas o coacciones no son leves, sino graves, no se aplicarán los arts. 171.4 y 172.2, sino los tipos generales de amenazas y coacciones, con todo lo que ello conlleva. Esto, en la práctica, se plasma en la concurrencia de un concurso de normas entre el tipo general de amenazas o coacciones y los tipos sexuados, que deberá resolverse atendiendo al caso concreto. Esto, por supuesto, en el caso en el que existan dudas sobre la calificación de las mismas, porque cuando sean varias, realizadas por medio de varios actos donde se evidencie la diferente naturaleza de unas y otras, tendrá lugar un concurso de delitos entre las mismas. La SAP de Madrid 253/2018, de 4 de abril, manifiesta sobre la naturaleza de las amenazas, que “El criterio de la jurisprudencia manifestado, entre otras, en las Sentencias es que la diferencia entre los delitos y las faltas (delito leve, en la actualidad) de amenazas, es puramente cuantitativa y circunstancial, radicando en la menor gravedad de los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos casos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal”⁹⁸. Con respecto a las coacciones, la SAP de A Coruña 234/2018, de 15 de junio, pone sobre la mesa criterios fijados por el supremo, como son: “la diferencia entre el delito de coacciones del art. 172.1 y la coacción leve, constitutiva de una falta del art. 620.2, o en su caso, delito del art. 172.2, debe afirmarse desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta, teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo, sus capacidades intelectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción (SSTS. 1367/2002 de 18.7, 731/2006 de 3.7)”⁹⁹.

Una cuestión que se nos plantea con respecto a las coacciones, es cuándo debemos englobarlas dentro de un delito leve del art.172.2, y cuándo en un delito de *stalking* del art. 172 ter. Sin profundizar en este delito, que será estudiado en el apartado de los problemas

⁹⁸ Cfr. FJ 4 SAP de Madrid 253/2018, de 4 de abril. JUR 2018\157435

⁹⁹ Cfr. FJ 1 SAP de A Coruña 234/2018, de 15 de junio. JUR 2018\266048

concursoales de los tipos no sexuados, debemos tener en cuenta que es determinante que los actos que se lleven a cabo sean varios y se realicen en un lapso de tiempo más o menos cercano, además de obtener como resultado el desasosiego de la víctima e impedirle llevar a cabo de forma normal su vida cotidiana. En este sentido, la SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio, expone de manea clara que: “No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal.”¹⁰⁰ Y continúa afirmando: “Cuestión distinta es que los hechos, no integrando aquél delito, constituyan el delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en cuanto consisten en impedir a otra persona, con violencia, -cambio de cerradura- hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerla a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, -recepción de correo no deseado, gestiones relativas al vehículo- sin estar legítimamente autorizado”¹⁰¹.

Otro aspecto que tenemos que tener en consideración es que, si la manera de impedir a la pareja o ex pareja realizar un acto que la ley no prohíbe, es impidiéndole salir de la casa o de otro lugar cerrado, estaremos ante un delito de detención ilegal, y no de coacciones. El Tribunal Supremo establece mediante STS 13/2009, de 20 enero, las pautas para identificar cuándo estábamos ante un delito u otro, a saber: “Para establecer la diferencia entre uno y otro delito, (...) es preciso valorar especialmente si la conducta del sujeto activo ha incidido en la libertad ambulatoria de la víctima de un modo mínimamente relevante (...). En este sentido deberá apreciarse la comisión de un delito de detención ilegal atendiendo a dos aspectos. En primer lugar, cuando se haya producido una conducta, consistente en encerrar o detener, que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión de autodeterminarse espacialmente, es decir, acerca del lugar donde desea permanecer o que desea abandonar. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido, o se inicie con propósito de extenderse, durante un período temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que

¹⁰⁰ Cfr. FJ 2 SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio. ARP 2017\1020

¹⁰¹ Cfr. FJ 3 SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio. ARP 2017\1020

han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos, o en las agresiones sexuales o en los delitos de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución.”¹⁰²

Una diferencia crucial entre las amenazas y las coacciones, es que las amenazas son un delito de simple actividad, mientras que las coacciones son un delito de resultado. Esto, a efectos de apreciar la consumación, quiere decir que, si con las coacciones no se logra el objetivo pretendido, se apreciará este delito en grado de tentativa. Ejemplo claro es la SAP de Zaragoza 42/2018, de 23 de febrero, que reconoce la comisión de un delito de coacciones en grado de tentativa el tratar un hombre de sacar a su novia de un local agarrándola del brazo y acorralándola, pero sin llegar a conseguir tal objetivo. Sin embargo, en el caso de las amenazas, la mera realización de una expresión amenazante ya constituye un delito. Lo que quiere decir, que si además de proferir la amenaza, cumple de inmediato con lo que en ella dice, se producirá la absorción de las mismas por el delito en cuestión cometido, resolviéndose de este modo el concurso de normas. Con todo, cuando transcurra un periodo de tiempo entre ambos actos se valorará como un delito independiente. En esta línea encontramos la SAP de Soria 76/2013, de 10 de octubre, cuando dice que: “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tiene declarado - STS. 1188/2010 de 30.12 -, que la amenaza presupone que el mal generado no ha comenzado a efectuarse, cuando por el contrario, la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución a la misma y este por sí mismo es punible (por ejemplo tentativa de homicidio o lesiones), solo puede configurar un concurso de normas que se resuelve quedando absorbidas las amenazas en el delito intentado (SSTS. 677/2007 de 20.7, 180/2010 de 10.3), esto es el ánimo de lesionar absorbería las amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión, en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP, y no por el concurso de delitos”¹⁰³. No obstante, matiza de la siguiente manera: “cuando las amenazas tienen lugar una vez ya consumada la agresión, en lugar distinto de aquél donde se produjo la agresión, cuando ya la persona afectada se alejaba del lugar, del que previamente se había ido el imputado, y este volvió sobre sus pasos para intimidar a la víctima, es más que obvio, que no nos encontramos ante el supuesto de "unidad de acción", sino ante una acción distinta, cometido en distinto tiempo y lugar, si bien en el que habían participado igualmente tanto el imputado como la víctima de la agresión. Y por ello,

¹⁰² Cfr. FJ 2 STS 13/2009, de 20 enero. RJ 2009\1383

¹⁰³ Cfr. FJ 3 SAP de Soria 76/2013, de 10 de octubre. ARP 2013\1207

y al afectar las amenazas a un bien jurídico distinto, de la libertad y seguridad, es obvio que han de castigarse como un hecho punible independiente del delito de lesiones”¹⁰⁴.

2.2.2.4 El quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP

El quebrantamiento de condena, medida de seguridad o medida cautelar, supone un delito versátil en relación con las formas que tiene de manifestarse, ya sea aisladamente o acompañando a otros delitos.

En el primer caso, no encontraríamos mayor dificultad: se condenaría al actor por un delito de quebrantamiento de condena. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que un hombre sobre el que pesa una medida de alejamiento hacia su mujer por haber cometido un delito de Violencia de Género, se presenta en el bar donde trabaja, solicitando a la misma que le sirva una copa. Este acto, que es el que se recoge en la SAP de Castellón 354/2013, de 27 de junio, por muy humillante que pueda resultar para la víctima, constituye un solo delito: el de quebrantamiento de condena, porque la actividad mediante la cual se produce tal quebrantamiento, no es constitutiva de ningún otro delito.

Cuestión distinta es la que tiene lugar cuando ese quebrantamiento se produce de manera reiterada mediante acciones, que aisladamente no constituyen delito, pero que cuando se producen de manera reiterada, causando hostigamiento y alterando la vida cotidiana de la víctima, encajan en el tipo penal de acoso o *stalking* del art. 172 ter CP. Antes de la introducción de este delito por la LO 1/2015, muchas de estas conductas quedaban impunes¹⁰⁵, pero en la actualidad se puede apreciar la existencia de un concurso de delitos entre el quebrantamiento de condena, comprendido en muchas ocasiones en la modalidad de delito continuado, y el delito de *stalking*. Un ejemplo de este supuesto es la SAP de Cuenca 182/2016, de 20 de diciembre.

Evidentemente, el quebrantamiento de condena puede ir acompañado, en concurso de delitos, de otras figuras delictivas como pueden ser, entre otras: asesinatos (STSJ de Murcia

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Así lo afirmó Inmaculada Martínez, Fiscal de Violencia de Género de Segovia, en su conferencia “El delito de Violencia de Género. Medidas civiles a adoptar en su tramitación.” impartida en el Campus María Zambrano, UVA, el 4 de diciembre de 2018.

3/2006 de 20 de junio), agresiones sexuales (STS 9/2016 de 21 de enero), o lesiones (SAP de Madrid 656/2015, de 24 de septiembre).

Por último, y terminando de este modo con el análisis de los problemas concursales en los delitos sexuales, tenemos que analizar qué ocurre en el caso de que concurra un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2, con alguno los delitos sexuales de malos tratos no habituales, de amenazas leves o de coacciones leves. La respuesta es que se producirá un concurso de leyes. Esto es así porque en cada uno de estos artículos se encuentran preceptos que agravan las penas estableciendo su aplicación en su mitad superior cuando el delito se perpetre, entre otras circunstancias, quebrantando una pena del art 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza¹⁰⁶. Así, el concurso de normas se resolverá de manera que los delitos de malos tratos no habituales, amenazas o coacciones leves absorberán al delito de quebrantamiento de condena, evitando de este modo, vulnerar el principio de non bis in ídem. Es clara en este sentido la STS 303/2018, de 20 de junio, cuando indica que “La razón de que no procede aplicar en este caso el tipo penal del art. 468.2 es que al acusado ya se le está castigando por el subtipo agravado del art. 171.5, último párrafo del C. Penal, precepto que establece lo siguiente: «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 tanto, en el caso de que se aplicaran conjuntamente el subtipo agravado y el art. 468.2 del C. Penal , se incurriría en una vulneración del principio del non bis in ídem (...), al valorarse doblemente la misma circunstancia: el quebrantamiento de la orden de incomunicación, que operaría así como subtipo agravado y como tipo penal autónomo (...). Así, el concurso de normas ha de resolverse en este caso por la vía de la especialidad prevista en el artículo 8.1.1 ° del CP , a favor del subtipo agravado de amenazas (art. 171. 4 y 5 CP), subtipo especial que resulta preferente al más genérico del art. 468.2 del mismo texto legal , dada la prioridad con que suelen aplicarse generalmente los subtipos agravados sobre los genéricos.”¹⁰⁷. En este mismo sentido, y dictadas con anterioridad, encontramos otras sentencias como la SAP de Barcelona 980/2008, de 30 de septiembre, o la SAP de Madrid 661/2008, de 12 de junio.

¹⁰⁶ Vid. Arts. 153.3, 171.5 y 172.2 CP. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

¹⁰⁷ Cfr. FJ 3 STS 303/2018, de 20 de junio. RJ 2018\3659

2.2.3 *Análisis de los problemas concursales en los delitos no sexuales: hacia una justicia con perspectiva de género*

Tal y como se expuso anteriormente, en la actualidad nuestro Código Penal consta de diversos tipos penales no sexuales. En ellos, pese a que no se especifique el género del sujeto pasivo, lo cierto es que en la mayor parte de los casos que se dan en la práctica, suele ser una persona género femenino quien ocupa esta posición. Por ejemplo, en el terreno de las agresiones sexuales, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales señala que una de cada veinte mujeres mayores de 15 años en la UE ha sido violada, y que en el 98% de los casos, el agresor sexual era un hombre¹⁰⁸. Además, en muchos casos la condición de mujer se entrelaza con otras circunstancias que aumentan el riesgo de que pueda convertirse en víctima de algunos de estos delitos. Sin ir más lejos, se calcula que dos terceras partes de las víctimas de trata identificadas son mujeres, y que el 79% de ellas estaban sometidas a explotación sexual. Además, el 92% de las mujeres que ejercen la prostitución en España, son extranjeras¹⁰⁹. Pese a que no todas las formas de prostitución constituyen un delito, estos datos nos permiten hacernos una idea del papel que juega la condición étnica o de migrante, sumada a la de género, en la potencialidad para ser sujeto pasivo de estos delitos.

La cuestión que se plantea es: tratándose de delitos que afectan de forma desmesurada a las mujeres, y en concreto a una variedad tan amplia de mujeres, ¿cómo podemos sacar de la oscuridad de la neutralidad elegida por el legislador a la hora de redactar estos tipos penales, y darles una perspectiva de género? En este trabajo se plantean dos soluciones en el marco de los problemas concursales: la posibilidad de conectar algunos delitos no sexuales con la Violencia de Género mediante los concursos con los delitos sexuales, atendiendo evidentemente a las características del caso concreto, y la acentuación de su carácter de género mediante la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4.

Entrando a abordar la primera solución, debemos aclarar que, pese a que estos delitos no siempre se cometan en el seno de una pareja, en el supuesto de que así sea supondría una

¹⁰⁸ Vid. Geoviolenciasexual. *Agresiones sexuales múltiples en España. Informe 2016-2018*. Recuperado en: <https://geoviolenciasexual.com/agresiones-sexuales-multiples-en-espana-informe-2016-2018/> (Última visita: 12/06/19)

¹⁰⁹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “La trata de mujeres como una de las formas más atroces de violencia contra la mujer”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 273-275.

solución a la hora de reconocerlos como delitos de género. Además, tenemos que valorar que en muchas ocasiones las circunstancias en las que se cometen estos delitos pueden provocar el surgimiento de lazos afectivos entre el agresor y la víctima, ya sea antes o durante la comisión. Si esos lazos afectivos pueden, por la vía de la análoga relación de afectividad, considerarse relaciones de pareja, también podrá aplicarse esta consideración de una agresión como Violencia de Género. Algunos ejemplos prácticos de este fenómeno que nos brinda la jurisprudencia son los siguientes:

Resulta especialmente reseñables, en materia de Violencia de Género y prostitución, la SAP de Ciudad Real 4/2018, de 26 de febrero, en tanto que condena al acusado por un delito de inducción a la prostitución a su pareja y por un delito de malos tratos del art 153. 1 y 3 hacia la misma, con penas de seis y un año respectivamente. Por otro lado, encontramos la SAP de Córdoba 14/2015, de 15 de enero, que impone al acusado un total de cuatro años de prisión como consecuencia del concurso medial de delitos de inducción y /o mantenimiento de la prostitución, tres delitos de malos tratos del art. 153.1 y un delito de maltrato habitual del art. 173.2. Otro ejemplo especialmente relevante debido a la crueldad, si cabe mayor que en los casos anteriores, del supuesto, es la SAP de Almería 239/2005, de 26 de octubre, donde se condena a un hombre por obligar a su pareja durante meses a prostituirse bajo la amenaza de alejarla de su hija, así como de someterla a constantes humillaciones, amenazas y agresiones sexuales. Consecuencia de lo anterior se califican los hechos como constitutivos de delitos de malos tratos habituales, inducción a la prostitución, violación y agresión sexual con penas de dos años, dos años, ocho años y un año y seis meses.

Se aprecia como elemento común de todos estos casos, el hecho de que la inducción a la prostitución del agresor a su compañera sentimental no está aislado, sino que se acompaña de otros actos de violencia que refuerzan ese escenario del miedo del que hablaba el Tribunal Supremo y confirma la idea de la relación existente entre la violencia que constituye la explotación sexual y la Violencia de Género.

Otro ejemplo de la relación que puede llegar a existir entre la Violencia de Género y otros tipos de violencia contenidos en tipos penales no sexuados, es la que se refleja en los delitos de *stalking* y *sexting*. Tenemos que apreciar que ambos dos prevén una modalidad agravada en el caso de que el ofendido fuese alguna de las personas recogidas en el art. 173.2, lo que refleja la toma de conciencia por el legislador de la especial lesividad de estos actos cuando se cometen hacia estos sujetos.

En lo que respecta al delito de *stalking*, considero especialmente relevante ponerlo en relación con los delitos sexuales, ya que, aunque el tipo penal no implica que cada uno de los actos *per se* sean constitutivos de delitos independientes, sí es muy posible que puedan estar presentes. Un ejemplo claro de esto es la SAP de Madrid 400/2018, de 23 mayo, que reconoce la existencia de un concurso ideal entre los delitos de quebrantamiento de condena, amenazas y *stalking* por parte de un hombre hacia su ex pareja, hombre que además ya había sido condenado anteriormente por otros delitos de amenazas y de quebrantamiento de condena o medida cautelar.

En cualquier caso, tenemos que tener presente la cuestión ya comentada en el apartado anterior, sobre la fina línea que separa en este contexto el delito de *stalking* con el de coacciones leves, así por ejemplo, la SAP de León 1399/2017 de 19 diciembre considera que el enviar a una ex pareja diversos mensajes insultantes e invitar en una ocasión mediante un anuncio en una página web a terceros a ponerse en contacto con ella para demandar servicios sexuales, todo esto en un periodo reducido de tiempo, no es constitutivo de un delito de *stalking* sino de coacciones leves, recordando que “el Tribunal Supremo ha venido manteniendo y también una rígida inteligencia de significado de la "habitualidad" en elación con el delito del art. 173.2 del Código, enseñándonos que dicho delito ".....castiga la reiteración 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 análogas relaciones estables de afectividad, en cuanto vienen a crear, por su repetición una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato , no solo 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."”. Esto muestra lo complicado que puede resultar en ocasiones discernir ante qué situación nos encontramos: si ante una constitutiva de un delito leve sexual, o ante un delito no sexual en su modalidad agravada por ser el sujeto pasivo una pareja o ex pareja.

Por otro lado, el delito de *sexting* tiene como característica, común al resto de delitos de su capítulo, que salvo excepciones solo es perseguible previa denuncia de parte y que el perdón del ofendido (u ofendida, en este caso) extingue la acción penal¹¹⁰. Tal vez a estos

¹¹⁰ Vid. Art. 201 del Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

efectos pueda resultar relevante su interrelación mediante los problemas concursales con los tipos penales sexuales a los efectos de darle una envergadura y una entidad que la Ley no le está brindando. Se debe resaltar que, pese a lo afirmado en la Circular 3/2017, que destaca que este delito está en muchas ocasiones relacionado con la violencia doméstica o de género¹¹¹, apenas se han encontrado sentencias donde se ponga de manifiesto esta circunstancia. Una excepción ha sido la SAP de Valencia 488/2016, de 25 noviembre, que condena al acusado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.7 CP al haber mostrado a la madre de la víctima una foto de la misma con el torso descubierto a modo de venganza por su ruptura, unido al delito de malos tratos no habituales del art. 153.1 CP. También cabe decir que, en muchos casos, cuando se ha amenazado con la difusión de estas imágenes para conseguir un determinado objetivo, y finalmente esta difusión no ha llegado a realizarse, el delito de *sexting* cede en favor del delito de amenazas y coacciones.

Estos son algunos de los muchos ejemplos que pueden existir en lo que respecta a la relación entre los tipos sexuales y no sexuales. Un factor común que se ha detectado en el estudio de los casos expuestos, es que en muchos casos falta una perspectiva de género en la sentencia. En muchas ocasiones se conciben los delitos expuestos como inconexos o desvinculados, en vez de entender que todos están generados en y como consecuencia del clima de violencia generado en la relación de maltrato. Tal vez la asignatura pendiente sea comprender que, pese a las diferencias sustantivas de los delitos, y pese a que no siempre exista un concurso entre ellos, en muchos supuestos existe un nexo que es la actitud o la intención con la que son cometidos, y aunque el derecho penal no puede juzgar por intenciones sino por actos, sí debería tenerlo en cuenta como elemento vinculador de estos delitos. Considero que este, precisamente, es un objetivo que sí ha sido logrado por la segunda solución que se ha planteado anteriormente: la aplicación a estos tipos de la agravante de género.

En efecto, un buen medio para mostrar que algunos tipos no sexuales se cometen de manera mayoritaria contra mujeres por el mero hecho de serlo, es mediante la aplicación de

¹¹¹ Vid. Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. P. 14. Recuperado en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_3-2017.pdf?idFile=5b2dd5f5-5a18-4732-bc75-7e5a63a9075c (Última visita: 12/06/2019)

la agravante de género. Así, la agravante de género tiene en consideración como elemento esencial para su aplicación, la existencia de una intención de dominación basada en el género de la afectada. Esto supone que, cuando se de esta característica en el caso concreto, se pueda sacar al tipo penal no sexuado de la neutralidad, exponiendo la intención del autor en el contexto de la Violencia contra las mujeres. Es especialmente reveladora en este sentido la reciente STS 99/2019, de 26 de febrero, cuando expone que “El legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido también tres nuevos tipos penales que son el de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del CP) y el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis del CP) y el delito de divulgación sin el consentimiento de la víctima de imágenes que fueron captadas con su anuencia (197.7 del CP). Tales tipos penales ven realzada su relevancia en el ámbito de la violencia sobre la mujer por razones de género. Pero aquel legislador, además, consideró necesario que, como respuesta proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer por el simple hecho de serlo, se debía incluir el ahora vigente párrafo 4.º del artículo 22 que prevé una nueva circunstancia agravante: la de discriminación por razón de género, aplicable en relación a aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la Ley Orgánica 1/2004 (RCL 2004, 2661y RCL 2005, 735) que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en discriminación de la mujer por razón de género.”¹¹².

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la agravante de género con la de parentesco. Tal vez sería interesante que en lo sucesivo valorase dicha compatibilidad con respecto a la agravante de género y otras como la agravante por motivos racistas, o por la enfermedad o discapacidad de la víctima. De este modo, se estaría contribuyendo a generar un reconocimiento más nítido en el derecho penal de la existencia de la Violencia Patriarcal, tal y como ha quedado definida al principio de este trabajo y, por supuesto, también repercutiría positivamente en el objetivo, tan presente actualmente dentro del Poder Judicial, de generar una justicia con perspectiva de género.

¹¹² Cfr. FJ 2 STS 99/2019, de 26 de febrero.

3. EL CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO PENAL SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Ya hemos tenido ocasión de observar a lo largo de este trabajo, por un lado, la legislación existente, que ha tendido a adoptar una posición cada vez más englobadora de las distintas violencias que puede sufrir una mujer, y por otro, los problemas concursales que se plantean en la actualidad tanto con respecto a los agravantes, como a los tipos penales sexuados y no sexuados.

Por tanto, debemos fijar nuestra mirada en el momento actual y plantearnos en qué punto estamos y hacia dónde nos queremos dirigir en algunos aspectos de esta materia. Para ello, tomaremos en consideración, entre otras, las opiniones de dos mujeres que dedican buena parte de su vida profesional a tratar casos de Violencia de Género, y que han sido entrevistadas para conocer su opinión en algunos de los puntos que pueden ser relevantes en este ámbito. Esas mujeres son INMACULADA MARTÍNEZ GARCÍA, Fiscal de Violencia de Género de Segovia, y ANA M^a RONCO GOZALO, abogada ejerciente en Segovia.

Tal vez, la primera cuestión que surge, es la que nos lleva a ponernos en el contexto de qué ha supuesto la aprobación de la LOMPIVG. Es unánime la respuesta, no solo entre INMACULADA MARTÍNEZ y ANA M^a RONCO, sino también entre multitud de autores y autoras, como MIGUEL LORENTE ACOSTA¹¹³, MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ¹¹⁴, M^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ¹¹⁵, MARÍA ALCALÉ SANCHEZ¹¹⁶,

¹¹³ Vid. LORENTE ACOSTA, Miguel. “El fracaso del machismo”. *Blog Autopsia (Ver por los propios ojos)*, año 2019. Recuperado en: <https://miguelorenteautopsia.wordpress.com/2019/01/03/el-fracaso-del-machismo/> (Última visita: 12/06/19)

¹¹⁴ Vid. ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 99.

¹¹⁵ Vid. RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 137-138.

¹¹⁶ Vid. ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. P. 408.

o incluso de jueces y juezas, como JOAQUÍM BOSCH GRAU¹¹⁷ o VICTORIA ROSELL AGUILAR¹¹⁸, de que la LOMPIVG era una ley completamente necesaria para resolver el problema de la Violencia de Género en España.

Ana M^a Ronco Gozalo ha afirmado sobre la misma que “no había otro medio posible para resolver la Violencia contra las mujeres”¹¹⁹ e Inmaculada Martínez García hace hincapié en su importancia “En primer lugar, para resolver un problema diario en los juzgados de guardia y que se atacaba con tipos genéricos, por ejemplo, las amenazas o las lesiones en la pareja se atacaban desde el tipo genérico de amenazas o lesiones, respectivamente. En segundo lugar, ha sido relevante porque ayuda a concienciar a la sociedad”¹²⁰.

Pero también es importante, además de mirar hacia el pasado con respecto a la aprobación de la norma, saber en qué punto nos encontramos en la actualidad. Ana M^a González Ronco lamenta que, pese a ser una ley lleva de buenas intenciones, aún no se cubren las necesidades que debía abarcar la ley, y enumera una serie de problemas o retos cotidianos en la práctica judicial como son, entre otros, la necesidad de una mayor insistencia por parte de los juzgados en la protección de la víctima, la necesidad de no volver a revictimizar a la mujer agredida, y la falta de recursos de la administración de justicia, señalando que en la ciudad de por sí hay deficiencias, pero que la situación en la provincia es trágica¹²¹. Considero especialmente relevante esto último ya que, de nada sirve que una ley sea completa, si los medios materiales impiden que en la práctica judicial pueda ser eficaz. Y, evidentemente, la situación nunca va a ser la misma cuando ocurre en el contexto de una

¹¹⁷Vid. Huffpost. *El juez Joaquim Bosch desmonta con dos datos los argumentos de Vox contra la ley de violencia machista*. Año 2019. Recuperado en: https://www.huffingtonpost.es/2019/01/04/joaquim-bosch-portavoz-de-jueces-para-la-democracia-desmonta-con-dos-datos-los-argumentos-de-vox-contra-la-ley-de-violencia-machista_a_23633328/ (Última consulta: 12/06/19)

¹¹⁸ Vid. Diario16. “*El feminismo es emancipador y por eso molesta al patriarcado*”. Año 2017. Recuperado en: <https://diario16.com/feminismo-emancipador-molesta-al-patriarcado/> (Última consulta: 12/06/19)

¹¹⁹ Cfr. ANEXO.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Esta falta de recursos también fue afirmada por Inmaculada en la entrevista concedida a El Norte de Castilla, vid. El Norte de Castilla. *Muchas veces tenemos que meter al agresor en el cuarto de la fotocopidora para que no coincida con la víctima*. Año 2019. Recuperado en: <https://www.elnortedecastilla.es/segovia/meter-agresor-cuarto-20190328215012-nt.html> (Última visita: 12/06/19)

gran ciudad, que en la periferia o en los pueblos de las zonas más empobrecidas del Estado, lo que PACO CERDÁ bautizó como “La Laponia española”¹²².

En contraste, la visión de Inmaculada Martínez García es más positiva, indicando que estamos ante un momento de mayor concienciación, no solo por parte de la administración de justicia, sino también por la sociedad en general. Señala que uno de los triunfos ha sido conseguir que se considere también como víctimas de Violencia de Género a los hijos, comentando a este respecto la relevancia del caso de Ángela González, donde la ONU condenó a España a indemnizar a esta mujer por el desamparo a su hija, que fue asesinada por su ex marido tras haber advertido Ángela en múltiples ocasiones el peligro al que se estaba exponiendo a la niña dejándola sola con su padre¹²³. Con todo, señala que un problema al que hay que prestar atención en la actualidad es a los casos de Violencia de Género entre adolescentes, donde existe una normalización de la violencia, y rechazo a denunciar. Para acabar, concluye con una reflexión que a mi juicio es muy relevante, en cuanto a que es cierto que actualmente existe una discriminación positiva, postura que no es compartida por profesoras como RIDAURA MARTÍNEZ¹²⁴, pero que en cualquier caso considera que es algo necesario hasta que la violencia contra la mujer revierta.

Preguntándoles sobre la cuestión de los problemas concursales con respecto a la Violencia de Género y la Violencia contra las mujeres, además de lo que ya ha sido estudiado en el bloque anterior, Inmaculada Martínez García comenta que la manera de que cualquier delito genérico que se cometa contra una mujer por el hecho de serlo, se reconozca como tal, es mediante la aplicación de la agravante de género. Esta reflexión tan acertada ya ha sido reflejada en otras partes del trabajo como es la de los problemas concursales de los delitos no sexuales. Es cierto que hasta ahora apenas ha sido aplicada, pero se espera que esta sea la forma de proceder a nivel de la práctica jurídica. Comentamos, centrándonos en Segovia, la importancia que puede tener a este respecto la reciente STS 420/2018, que ya ha

¹²² Concepto que da nombre a su libro “Los últimos. Voces de la Laponia española”, donde realiza un estudio sobre la despoblación y la enorme falta de recursos de la zona de la Serranía Celtibérica.

¹²³ Vid. CTXT.es. *Violencia de Estado contra Ángela y su hija asesinada*. Año 2017. Recuperado en: <https://ctxt.es/es/20170607/Politica/13124/violencia-genero-angela-carre%C3%B1o-ctxt-ONU-justicia-violencia-machista-mujeres.htm> (Última visita: 12/06/19)

¹²⁴ Cuestión desarrollada en RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 142-143.

sido mencionada en el apartado de problemas concursales a la hora de diferenciar la agravante de género de la de sexo. Esta sentencia estima procedente la aplicación de la agravante de género en un delito de lesiones y amenazas de un hombre hacia su pareja femenina, ambos residentes en Segovia, debido a que de los hechos probados se extrae un ánimo de dominación del hombre hacia la mujer, considerándola “como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto”¹²⁵. Una cuestión muy interesante es que aunque a los delitos no sexuales no se les aplique de manera automática lo establecido en materia de suspensión y sustitución de las penas, lo que parece que produce una desigualdad de situaciones dependiendo de cuál sea el delito cometido, señala que esas circunstancias se pueden aplicar de igual manera, otra cosa es que no esté establecido como preceptivo en el Código Penal. Tendríamos que confiar en estos casos en el buen arbitrio del juez. Por otro lado, nuestra conversación se centra en las agresiones machistas llevadas a cabo en un contexto de fiestas nocturnas, como una forma de violencia completamente normalizada y habitual. Considera que este contexto es un ejemplo perfecto de cómo podría combinarse el tipo básico del delito que se cometiese, como unas amenazas, o un abuso sexual, con la agravante de género, cuando quede acreditado que el móvil de esta agresión haya sido el deseo de dominación sobre la mujer por su misma condición de mujer.

Por su lado, Ana M^a Ronco Gozalo destaca la utilidad de otras circunstancias agravantes para concebir distintas formas de Violencia contra las mujeres, como puede ser la agravante por motivos ideológicos, o por la vía del abuso de superioridad. También es un factor importante a considerar el cómo la análoga relación de afectividad puede llegar a vincular la Violencia contra las mujeres, inmersa en la neutralidad de algunos tipos penales no sexuales, con la Violencia de Género. Recordemos el supuesto de una prostituta a la que un cliente se lleva a su casa, iniciando una relación de convivencia.

Tal vez una de las preguntas en este ámbito que cada vez se hace más frecuente es sobre si es necesario que se realice una reforma de la LOMPIVG, adaptándola a las circunstancias y necesidades que existen en la actualidad, o a instrumentos internacionales como el Convenio de Estambul¹²⁶. En primer lugar, Inmaculada Martínez García opina que no es

¹²⁵ Cfr. FJ 4 STS 420/2018.

¹²⁶ Que, como mencionaba en la STS 565/2018, establecía en su art. 3.a: “Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o

necesaria tal reforma, ya que con la reforma al Código Penal realizada mediante la LO 1/2015, la Ley del Estatuto de la Víctima, la Ley de Protección a la Infancia, y los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que brindan protección a los menores, ya se ha adaptado nuestro ordenamiento a las exigencias del Convenio de Estambul, además de abordar el problema de la protección a los menores víctimas de estas violencias¹²⁷. Comenta además, que algunas de las disposiciones del propio Convenio de Estambul están inspiradas en la ley española.

En contraste, Ana M^a Ronco Gozalo considera que hace falta una reforma que la adecue a la práctica judicial y a la realidad social actual. También opina que a los menores no se les trata realmente como a víctimas. Señala, sobre la LOMPIVG, que esta supuso un gran avance en el momento de su aprobación, pero que actualmente ha quedado desfasada, demostrando en muchos casos haber sido una ley “de cara a la galería”. Además destaca que debe darse una mayor importancia a las violencias que se llevan a cabo en el ámbito público. No es la primera vez que se escucha esta postura, ya que en términos muy similares se ha pronunciado la catedrática ALCALÉ SÁNCHEZ: “El concepto de Violencia de Género debe cohesionarse con el Convenio (...) aumentando las modalidades a aquellas que se producen en la vida pública y ampliando la clase de relaciones que puede dar lugar a la Violencia de Género doméstica más allá de las relaciones de pareja”¹²⁸

Por último, con respecto a su postura sobre lo que supone la aplicación de la agravante de género del artículo 22.4, Ana M^a Ronco Gozalo lamenta que es una agravante que apenas se ha aplicado desde que se introdujo en el ordenamiento jurídico hasta nuestros días, aunque reconoce que tal vez sea la mejor vía para proteger a la mujer. Con todo, tilda a esta

pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”, concepto de este tipo de violencia mucho más amplio que el que aparece en la LOMPIVG.

¹²⁷ Esta idea también se plasma en la entrevista ya mencionada. El Norte de Castilla. *Muchas veces tenemos que meter al agresor en el cuarto de la fotocopidora para que no coincida con la víctima*. Año 2019. Recuperado en: <https://www.elnortedecastilla.es/segovia/meter-agresor-cuarto-20190328215012-nt.html> (Última visita: 12/06/19)

¹²⁸ ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. Pp. 437-438.

agravante de “arma de doble filo”¹²⁹, en cuanto a que pueden plantearse problemas con respecto a la prueba.

Por su parte, Inmaculada Martínez García insiste en el avance que supone la introducción de esta agravante, a la hora de actualizar nuestro ordenamiento y crear un concepto más amplio de Violencia contra las mujeres. Reconoce que hasta este momento han sido pocas las sentencias en las cuales se ha aplicado esta agravante, pero se espera que próximamente esta aplicación prolifere. Afirma, como ya hemos visto en apartados anteriores, que no se ocupa de lo mismo que la agravante de sexo ya que, por ejemplo, en el caso antes comentado de las agresiones que las mujeres sufren de fiesta, son por razones de género y no de sexo. Concluye volviendo a remarcar la importancia de la agravante de género como una vía para reconocer las agresiones que sufren las mujeres por el hecho de serlo, no solo en la vida privada, sino también en la pública.

¹²⁹ Cfr. ANEXO.

4. CONCLUSIONES.

A lo largo del presente trabajo hemos podido apreciar una progresiva toma de conciencia, tanto por parte del legislador, como por los jueces y tribunales españoles, de que el fenómeno de la Violencia de Género constituye un problema estructural que debe ser abordado por la ley, prestando atención a sus especiales particularidades y velando por una efectiva protección de la víctima.

Pero, además, en los últimos años hemos presenciado un notable avance en esta materia. Esto se debe al aumento de la amplitud de miras, en cuanto a entender que la Violencia ejercida por razón de género transgrede el ámbito de las relaciones de pareja, configurándose así, mecanismos de persecución de la Violencia contra las mujeres, entendiéndola como todas aquellas conductas que se ejercen, ya no por la relación existente entre agresor y víctima, sino por la mera condición de género de esta última.

Por ello, cabe preguntarnos, siendo este el contexto actual, ¿hacia dónde nos dirigimos?, ¿cómo podemos seguir evolucionando en esta materia?

I. Desde mi punto de vista, existe un objetivo claro y muy importante al que se debe prestar atención. Tras haber conseguido perfilar, en la Ley y en la jurisprudencia, lo que supone la Violencia de Género, y habiendo centrado muchos esfuerzos por hacer lo mismo con la Violencia contra las mujeres, tal vez la misión del Derecho Penal español sea hacer lo propio con la Violencia Patriarcal. Es cierto que al haber abordado la Violencia de Género y la Violencia contra las mujeres, se ha conseguido sentar unas bases en cuanto a lo que supone la Violencia Patriarcal. Pero, con todo, todavía se echa en falta la apreciación de que las mujeres no son un sector poblacional homogéneo, sino heterogéneo, y como tal, no en todos los casos se encuentran en la misma predisposición a sufrir según qué tipos de violencia. Un ejemplo claro, es el ya mencionado en los problemas concursales, en lo referido a los delitos de explotación sexual, y la importancia de la condición étnica de las víctimas. Si la violencia hacia las mujeres es diversa, porque no todas se encuentran en la misma posición estructural, entonces el Derecho también deberá plantear soluciones diversas. Está claro que es una labor de los jueces y no del ordenamiento jurídico, individualizar y aplicar la norma en cada caso concreto, atendiendo a sus circunstancias particulares. Pero para que esta aplicación sea realmente efectiva, es necesario partir de la base de una norma que se ajuste y comprenda las características de la situación que pretende combatir.

II. En este trabajo se ha abordado la cuestión de la Violencia de Género, Violencia hacia las mujeres y Violencia Patriarcal desde la perspectiva de la legislación vigente y de la práctica jurisprudencial. En lo que atañe a la legislación, ya se ha señalado que el principal problema ante el que nos encontramos, es que las normas que protegen a las mujeres se encuentran disgregadas y desconectadas entre sí, abordando cada una ámbitos diferentes y ofreciendo protección de manera diversa. Esta inconexidad considero que ha influido en la creación, o mejor dicho en la no creación, de una noción de Violencia Patriarcal en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que dificulta que se identifique que todas esas violencias que pretenden proteger los instrumentos de los que disponemos, tienen una misma raíz. Tal vez uno de los retos del legislador en esta materia, y en aras al reconocimiento legal y la lucha contra la Violencia Patriarcal, es precisamente asumir que tanto la Violencia de Género como la Violencia hacia las mujeres radican en una común causa estructural, que es el Patriarcado. Y, por otro lado, el generar normas inclusivas y comprensivas de cómo las distintas condiciones en las que se encuentren las mujeres, influye o las hace más vulnerables ante ciertos tipos de violencia. Es decir: se debe comprender que la causa es la misma, pero que las circunstancias son diversas. Se comentaba al inicio del trabajo, que el Derecho puede ser un generador de cambios sociales, pero es claro que para que eso ocurra, se debe poner sobre la mesa por qué existen ciertas violencias, y por qué correlativamente dentro de la categoría de mujer hay grupos de riesgo ante según qué violencias.

III. Pasando a analizar la cuestión de la práctica jurisprudencial, es preciso exponer que, a la espera de que el legislador aborde esta cuestión, ha sido y es de vital importancia la labor de los jueces en el cumplimiento de este objetivo, como parte del compromiso de elaborar una justicia con perspectiva de género. Precisamente, es relevante la vía que se ha planteado en este trabajo de, mediante el estudio de los problemas concursales, poder plantear la existencia de concursos de delitos, o la compatibilidad de varias circunstancias agravantes, para generar, ya no solo en el marco de la sentencia concreta de que se trate, sino en el ámbito de la jurisprudencia española, un concepto nítido de la Violencia Patriarcal que pueda ser abordada desde el conocimiento de sus especiales circunstancias. Pero, con todo, esta práctica aún es incipiente, no por la existencia como tal de estas resoluciones, sino por su elaboración desde una perspectiva de género y una verdadera conciencia de la estructuralidad que existe en la conexión entre los tipos delictivos analizados. Si queremos que exista una jurisprudencia consciente de la Violencia Patriarcal y de sus peculiaridades, se hace realmente urgente y necesario un Poder Judicial formado en esta materia y sensible,

no solo a la conducta delictiva concreta, sino al fenómeno social que subyace bajo aquella. Una de las muchas situaciones en las que esta sensibilización debería darse es, además de en la cuestión de la heterogeneidad de mujeres ya expuesta, en la puesta en importancia en la era de las comunicaciones de la persecución de delitos como el sexting como una verdadera vulneración de los derechos de las mujeres, más allá de un “mero” descubrimiento de secretos. La existencia de tipos penales no sexuados, no debería llevar a que la práctica jurisprudencial los considere como un delito neutral, sin que ello impida reconocer la existencia de casos donde el sujeto pasivo sea el género masculino. Si el Derecho suele ir un paso por detrás de la sociedad, la jurisprudencia debería velar por resolver e interpretar desde las situaciones y exigencias que se presentan en cada momento histórico. Y, en el contexto actual, el objetivo de una justicia con perspectiva de género precisa, justamente, de eso: una comprensión de la estructuralidad, la diversidad, y la sistematicidad de muchas violencias, para un efectivo combate de las mismas.

Todo lo anterior, en aras a la lucha por la erradicación de un tipo de violencia intolerable como es la Violencia Patriarcal, ya no solo con respecto a las expectativas y exigencias de cualquier sociedad democrática, sino para la consecución del simple objetivo de la convivencia humana.

5. ANEXO: ENTREVISTAS.

5.1. Entrevista Ana María Ronco Gozalo. Abogada.

1. ¿Qué ha supuesto la aprobación de la LOVG en el ámbito de la Violencia de Género? el antes y el después.

Considera que no había otro medio posible para resolver la Violencia contra las mujeres. De cualquier forma destaca que la realidad es que no aún se cubren esas necesidades que pretendía abarcar la ley, poniendo el ejemplo del maltrato psicológico. Considera que es una ley llena de buenas intenciones, pero destaca que para ella la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica ha sido la realmente definitoria a la hora dotar de medidas penales y civiles de protección a la víctima.

2. ¿En qué momento nos encontramos?

Ana, del momento actual, destaca varios de los problemas que considera como habituales y a los que se les debería buscar solución.

Destaca, en primer lugar, que una demanda prioritaria en la actualidad es el insistir en la protección de la víctima (Cuenta como ejemplo un caso de un juzgado, el de la residencia habitual de la víctima, que se inhibe a favor del juzgado del domicilio de esta, domicilio que comparte con su maltratador. Esto la obliga a regresar a su localidad para asistir al proceso, debiendo reencontrarse con el clima de violencia e inseguridad por el que precisamente huyó de allí, instaurando su residencia habitual en otra ciudad.).

Comenta que actualmente existen cuestiones formales que hacen que la LOVG pierda base, la práctica diaria hace que la víctima se vea más vulnerable todavía: práctica de los juzgados, prácticas económicas, etc.

Lamenta igualmente el hecho de que en muchos casos se está victimizando a la víctima aún más mediante acusaciones como la de que se usa esta vía como una forma de “divorcio rápido”.

Otro de los problemas que observa es que, en los casos de maltrato, no hay forma en la práctica de quitar el régimen de visitas a al padre. Destaca que el juzgado debería actuar en estrecha relación con los servicios sociales y realizar un seguimiento exhaustivo a la larga. Del mismo modo, si no se consigue demostrar la situación de maltrato, el régimen de visitas que se imponga puede ser un peligro, más aún si se impone la custodia compartida.

Concluye señalando que necesitamos una práctica judicial con perspectiva de género, indicando que en Segovia ciudad de por sí hay deficiencias, pero que en la provincia la situación es trágica.

3. Cómo se puede plantear la cuestión de los concursos de delitos, o en general de los problemas concursales entre la Violencia de Género y otras violencias contra las mujeres.

Indica que una de las maneras de relacionar la Violencia de Género con otras violencias es mediante el uso de la agravante por motivos ideológicos.

Comentamos igualmente la cuestión de hasta dónde puede extenderse la análoga relación de afectividad para considerar Violencia de Género a casos que abarcan otras violencias hacia las mujeres, como es el caso de una prostituta a la que un hombre se lleva a su casa e inician una relación de convivencia.

4. ¿Se hace necesaria una reforma de la LOVG? (Adaptarla al Convenio de Estambul, qué se esperaba del Pacto de Estado...)

Ana considera que hace falta una reforma que se ajuste a la realidad social y a la práctica judicial. Lamenta el hecho de que los menores no se les trate realmente como a víctimas.

Considera que la LOVG está desfasada con respecto a las exigencias del Convenio de Estambul. La LOVG, dice, supuso un avance en el momento en el que se aprobó, pero se ha dejado algunas conductas, la considera una “ley de cara a la galería” por su contenido. Destaca igualmente que se debe dar una mayor importancia a la violencia que se ejerce en el ámbito público.

5. ¿Qué supone la aplicación de la agravante genérica del 22.4 CP? (P ej: En cuanto a la suspensión y sustitución, en cuanto a la agravante por sexo...).

Señala que en la práctica apenas se ha aplicado la agravante del artículo 22.4 CP. Con todo, señala que tal vez la mejor manera de proteger a una mujer sea mediante esa agravante por razones de género. De cualquier forma destaca que es un arma de doble filo, y que se pueden plantear problemas con respecto a la prueba.

Destaca que además se pueden usar otros agravantes del 22.4 para poner sobre la mesa la existencia de otros tipos de Violencia contra las mujeres (véase: la agravante por motivos ideológicos en ciertos casos).

Señala por último que otra forma de poner de manifiesto en la práctica judicial la Violencia contra las mujeres es por la vía del abuso de superioridad.

5.2. Entrevista M^a Inmaculada Martínez García. Fiscal Violencia de Género de la Audiencia Provincial de Segovia.

1. ¿Qué ha supuesto la aprobación de la LOVG en el ámbito de la Violencia de Género? El antes y el después.

La aprobación de la LOVG ha supuesto un paso importante, en primer lugar, para resolver un problema diario en los juzgados de guardia y que se atacaba con tipos genéricos, por ejemplo, las amenazas o las lesiones en la pareja se atacaban desde el tipo genérico de amenazas o lesiones, respectivamente. En segundo lugar, ha sido relevante porque ayuda a concienciar a la sociedad.

Considera que un punto de partida importante en la toma de conciencia de que la situación debía cambiar es el asesinato de Ana Orantes.

Comenta también que es de valorar el hecho de que a día de hoy España tiene una de las legislaciones en materia de Violencia de Género más avanzadas a nivel mundial.

2. ¿En qué momento nos encontramos?

Nos encontramos en un momento de mayor concienciación, no solo en el ámbito judicial sino también en otros como el educativo o social. Entiende que la base para acabar con la Violencia de Género es, en gran medida, la educación.

Uno de los grandes progresos es la toma de conciencia de que no solo hay una víctima directa que es la mujer, sino que muchas veces también hay víctimas indirectas: los hijos. Esta idea ha experimentado una concienciación y evolución en el último tiempo.

En este sentido, es importante la condena de la ONU a España en el caso de Ángela González, cuyo ex marido fue condenado como autor de un delito de amenazas. Tras un divorcio muy problemático, y aunque inicialmente se estableció un régimen de visitas del padre sin pernocta, finalmente se fijó la pernocta con padre (con la oposición de la madre, que aseguraba que podría hacer algo a la niña para hacerle daño a ella). En efecto, la primera noche de pernocta el padre mata a la niña. El TEDH condenó a España por anormal funcionamiento de la administración justicia. Este fue un punto de inflexión en lo que respecta a la protección de los menores en los casos de Violencia de Género.

En el momento actual es importante prestar atención especialmente a la Violencia de Género que se produce en las parejas adolescentes, donde se producen fuertes conductas de control y menosprecio. Existe una aversión dentro de las chicas jóvenes a denunciar las agresiones de sus parejas. Existe igualmente una normalización de esa violencia.

Considera que es cierto que actualmente existe una regulación que tiende a la discriminación positiva, pero entiende que es necesario que así sea hasta que esta situación de Violencia contra las mujeres revierta. Además a día de hoy es necesario mantener los delitos de género en coexistencia con la agravante de género.

3. Cómo se puede plantear la cuestión de los concursos de delitos, o en general de los problemas concursales entre la Violencia de Género y otras violencias contra las mujeres.

Una manera de que los delitos no sexuales, o en general todos aquellos delitos que se puedan cometer contra una mujer por el mero hecho de serlo podrían resolverse en aplicación de la agravante de género junto con el tipo genérico. Es cierto que la agravante de género apenas ha llegado a aplicarse por ahora, pero se espera que esta sea la forma de proceder.

Es de considerar también con respecto a la cuestión de que a los delitos no sexuales no se les aplica lo dispuesto para la suspensión y sustitución en materia de Violencia de Género, que lo que se dispone para la suspensión de condena es preceptivo en los casos de VG pero las circunstancias del 83 se pueden aplicar en cualquier delito, aunque no se establezca como una conducta preceptiva en el Código Penal.

Centrándonos en concreto en el contexto de las agresiones machistas que se llevan a cabo en el contexto de fiesta, donde ambas coincidimos que es un problema por el que pasamos todas las mujeres y que sigue ocurriendo con el paso de los años, sería de aplicación esta fórmula del tipo básico (amenazas, abuso sexual...) con la agravante de género.

4. ¿Se hace necesaria una reforma de la LOVG? (Adaptarla al Convenio de Estambul, qué se esperaba del Pacto de Estado...).

Considera que no es necesario que como tal se produzca una reforma de la LOVG, ya que nuestro sistema se ha adaptado a las exigencias del Convenio de Estambul con la reforma al Código Penal de la LO 1/2015, con la Ley del Estatuto de la Víctima (que recordemos que también resaltaba Ana) y la Ley de Protección a la Infancia. Igualmente la LECrim incorpora medidas de protección a menores. Con esas modificaciones se adapta nuestro marco legal al Convenio de Estambul y además atiende al problema ya comentado de que se debe atender a los menores víctimas de Violencia de Género.

Independientemente de esto, hay que saber que en muchas de las cosas que dice el convenio de Estambul toma como referencia a la ley española.

Afirma que en este momento existe una situación de discriminación positiva, matizando que la misma debe existir hasta que, por un cambio en las circunstancias, deje de ser necesaria.

5. ¿Qué supone la aplicación de la agravante genérica del 22.4 CP? (P ej: En cuanto a la suspensión y sustitución, en cuanto a la agravante por sexo...).

Ya se ha mencionado que la introducción de esta agravante por la LO 1/2015 es un gran avance y una medida necesaria para adaptar y actualizar nuestra legislación y entender un concepto más amplio de Violencia contra las mujeres. Se ha comentado igualmente la extensión o la ampliación de la aplicación del art 83 a otros delitos que no sean los de

género, solo que su aplicación no está establecida como potestativa en la ley. Es cierto que hasta el momento existen pocas sentencias que aprecien esta agravante de género, pero afirma que en los próximos años su aplicación será mucho más prolífera.

En efecto, no se ocupa de lo mismo la agravante por sexo que la de género. En lo que comentábamos antes sobre la violencia que las mujeres sufren de fiesta, la motivación es por razones de género.

La agravante de género, y recogiendo una idea que ya se ha expuesto a lo largo de la entrevista, supone la posibilidad de apreciar el componente de género, de violencias con una motivación de género (hacia la mujer por el hecho de serlo), en el ámbito público.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

1. Libros

ALCALE SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género, ¿un nuevo cambio de paradigma?”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*. Madrid: Ed. Civitas 2013.

ESPARZA-REYES, Estefanía, “La Violencia Patriarcal: una paradigmática vulneración a la no subordinación”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid: Ed. IUSTEL, 2013.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Tema 6. Delitos contra la libertad”, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Ed. Colex, 2015.

LORENTE ACOSTA, Miguel, SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, Cruz, NAREDO CAMBLOR, Covadonga. *Suicidio y violencia de género*. Madrid: Ed. Ministerio de sanidad y consumo, Madrid, 2007.

MARTÍN SÁNCHEZ, María, “Violencia de género: violencia “unidireccional” hacia las mujeres”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Capítulo VIII. Violencia de género, doméstica y asistencial”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Ed. McGRAW - HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A., 1995.

RIDAURA MARTÍNEZ, Mª Josefa, “El sentido actual de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “La trata de mujeres como una de las formas más atroces de violencia contra la mujer”, MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.) *Estudio integral de la violencia de género*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

2. Artículos

ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. Comentario a la obra: LARRAURI PIJOAN, Elena. “Criminología crítica y Violencia de género”. *Revista Mientras Tanto*, N° 11, año 2007. Recuperado en: <http://www.mientrastanto.org/la-biblioteca-de-babel/criminologia-critica-y-violencia-de-genero> (Última visita: 12/06/2019)

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 18, año 2016. Recuperado en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> (Última visita: 10/06/2019)

FONTENLA, Marta. “¿Qué es el Patriarcado?”. *Ed. Biblos*. Obtenido a través de *Mujeres en Red. El periódico feminista*, N° 3, año 2008. Recuperado en: <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1396> (Última visita: 05/06/19)

LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *Revista Indret*, N° 1, año 2009. Recuperado en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf> (Última visita: 05/06/19)

LORENTE ACOSTA, Miguel. “El fracaso del machismo”. *Blog Autopsia (Ver por los propios ojos)*, año 2019. Recuperado en: <https://miguelorenteaupsia.wordpress.com/2019/01/03/el-fracaso-del-machismo/> (Última visita: 12/06/19)

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP)”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 20, año 2018. Recuperado en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. (Última visita: 05/06/19)

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”. *Revista Dialnet*. N° 4, Año 2007. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390132> (Última visita: 05/06/19)

REYES CANO, Paula. “Menores y Violencia de género: de invisibles a visibles”. *Ed. Universidad de Granada. Anales de la cátedra Francisco Suárez. Revista de filosofía jurídica y política.* N° 49, año 2015. Pp. 181-217. Recuperado en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3282/3310> (Última visita: 05/06/19)

3. Legislación

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (Última visita: 12/06/2019)

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (Última visita: 12/06/2019)

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> (Última visita: 12/06/2019)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (Última visita: 12/06/2019)

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760> (Última visita: 12/06/2019)

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> (Última visita: 12/06/2019)

4. Circulares

Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Recuperado en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_3-2017.pdf?idFile=5b2dd5f5-5a18-4732-bc75-7e5a63a9075c (Última visita: 12/06/2019)

5. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

STC 200/2001 de 4 de octubre. RTC 2001\200

STC 59/2008 de 14 mayo. RTC 2008\59

STC 45/2009 de 19 febrero. RTC 2009\45

STC 127/2009 de 26 mayo. RTC 2009\127

STC 41/2010 de 22 julio. RTC 2010\41

STC 45/2010 de 28 julio. RTC 2010\45

STC 52/2010 de 4 octubre. RTC 2010\52

Tribunal Supremo

STS 1267/2003, de 8 de octubre. RJ 2003\7903

STS 13/2009, de 20 enero. RJ 2009\1383

STS 39/2009, de 29 enero. RJ 2009\819

ATS 1676/2013, de 19 de septiembre. JUR 2013\316854

ATS 942/2014 de 22 mayo. JUR 2014\183385

STS 9/2016 de 21 de enero. RJ 2016\310

STS 62/2018, de 5 de febrero. RJ 2018\293

STS 303/2018, de 20 de junio. RJ 2018\3659

STS 420/2018, de 25 septiembre. RJ 2018\4156

STS 565/2018, de 19 noviembre. RJ 2018\4957

STS 49/2019, de 4 de febrero. RJ 2019\417

STS 99/2019, de 26 de febrero. RJ 2019\826

Tribunal Superior De Justicia

STSJ de Murcia 3/2006 de 20 de junio. JUR 2007\186570

Audiencia Provincial

SAP de Almería 239/2005, de 26 de octubre. ARP 2006\116

SAP de Bizkaia 68/2006, de 29 de junio. ARP 2006\599

SAP de Madrid 661/2008, de 12 de junio. JUR 2008\273295

SAP de Barcelona 980/2008, de 30 de septiembre. JUR 2009\39730

SAP de Madrid, 634/2009, de 15 de junio. JUR 2010\300313

SAP de Santa Cruz de Tenerife 423/2009, de 10 de septiembre. JUR 2009\484509

SAP de Navarra 103/2010, de 28 de junio. ARP 2011\27

SAP de Santa Cruz de Tenerife, 317/2011, de 12 de septiembre. JUR 2012\16298

SAP de Castellón de 27 de junio de 2013. JUR 2013\279716 (Recurso de Apelación núm. 354/2013)

SAP de Soria 76/2013, de 10 de octubre. ARP 2013\1207

SAP de Córdoba 14/2015, de 15 de enero. ARP 2015\538

SAP de Madrid 656/2015, de 24 de septiembre. JUR 2015\247295

SAP de Valencia 488/2016, de 25 noviembre. ARP 2016\1467

SAP de Cuenca 182/2016, de 20 de diciembre. JUR 2017\15125

SAP de Granada 772/2016, de 27 de diciembre. ARP 2017\195

SAP de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo. ARP 2017\806

SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio. ARP 2017\1020

SAP de León 1399/2017 de 19 diciembre. ARP 2017\1644

SAP de Zaragoza 42/2018, de 23 de febrero. JUR 2018\91319

SAP de Ciudad Real 4/2018, de 26 de febrero. ARP 2018\361

SAP de Madrid 253/2018, de 4 de abril. JUR 2018\157435

SAP de Madrid 400/2018, de 23 mayo. JUR 2018\214152

SAP de A Coruña 234/2018, de 15 de junio. JUR 2018\266048

5. Noticias consultadas

CTXT.es. *Violencia de Estado contra Ángela y su hija asesinada*. Año 2017. Recuperado en: <https://ctxt.es/es/20170607/Politica/13124/violencia-genero-angela-carre%C3%B1o-ctxt-ONU-justicia-violencia-machista-mujeres.htm> (Última visita: 12/06/19)

Diario16. *“El feminismo es emancipador y por eso molesta al patriarcado”*. Año 2017. Recuperado en: <https://diario16.com/feminismo-emancipador-molesta-al-patriarcado/> (Última visita: 12/06/19)

El Norte de Castilla. *Muchas veces tenemos que meter al agresor en el cuarto de la fotocopidora para que no coincida con la víctima*. Año 2019. Recuperado en: <https://www.elnortedecastilla.es/segovia/meter-agresor-cuarto-20190328215012-nt.html> (Última visita: 12/06/19)

El País. *Una mujer con orden de protección muere tras ser atropellada tres veces por su esposo*. Año 2004. Recuperado en: https://elpais.com/diario/2004/04/01/sociedad/1080770403_850215.html (Última visita: 12/06/19)

Geoviolenciassexual. *Agresiones sexuales múltiples en España. Informe 2016-2018*. Recuperado en: <https://geoviolenciassexual.com/agresiones-sexuales-multiples-en-espana-informe-2016-2018/> (Última visita: 12/06/19)

Huffpost. *El juez Joaquim Bosch desmonta con dos datos los argumentos de Vox contra la ley de violencia machista*. Año 2019. Recuperado en: https://www.huffingtonpost.es/2019/01/04/joaquim-bosch-portavoz-de-jueces-para-la-democracia-desmonta-con-dos-datos-los-argumentos-de-vox-contra-la-ley-de-violencia-machista_a_23633328/ (Última visita: 12/06/19)

Público. 1997, *Ana Orantes rompe el silencio*. Recuperado en:
<https://www.publico.es/mujer/violencia-machista-1997-ana-orantes-rompe-silencio>
(Última visita: 12/06/19)