



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**Tipos penales integrantes de la
protección (penal) integral a las
víctimas de violencia doméstica y/o de
género: estudio y análisis.**

Presentado por:

Laura Espeso Sanz

Tutelado por:

Juan Manuel Santos Beneit

Valladolid, 17 de julio de 2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y análisis de los tipos penales integrantes de la protección penal integral de las víctimas de violencia doméstica y/o de género. En primer lugar, se intenta dar una visión global de la violencia de género, incluyendo su génesis, la evolución del tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico ha dado a la misma, el encaje constitucional de la actual regulación, y una visión panorámica a nivel internacional y comunitario. En el segundo epígrafe se diferencia tres conceptos que, aunque relacionados entre sí denotan realidades distintas, a saber; la violencia de género, la violencia doméstica y la violencia asistencial.

Continúa el trabajo sumergiéndose en un estudio pormenorizado de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Iniciándose con un estudio multidisciplinar de la misma, para centrarse posteriormente en el tratamiento que el Código Penal español ofrece a la violencia machista. Se incluye, a continuación, el análisis de la respuesta penal que nuestro ordenamiento jurídico anuda a los distintos tipos penales integrantes de la violencia de género. Para finalizar, se incorpora un último epígrafe que intenta poner de manifiesto una emergente forma de ejercer la violencia de género, es decir, las nuevas tecnologías como nuevo vehículo de conducción de este tipo de violencia.

ABSTRACT

This work aims to study and analyze the criminal types that make up comprehensive criminal protection for victims of domestic and/or gender violence. In the first place, an attempt is made to give a global vision of gender violence, including its genesis, the evolution of the treatment that our legal system has given to it, the constitutional fit of the current regulation, and an overview at the international and Community level. In the second section, three concepts are distinguished, which, although related to each other, stand for different realities, namely, gender violence, domestic violence, and welfare violence.

The work continues immersing itself in a detailed study of the Law 1/2004, on comprehensive protection measures against gender violence. Starting with a multidisciplinary analysis of it, to later focus on the treatment that the Spanish Criminal Code gives to male violence. The criminal response analysis that our legal system offers to the different criminal types that involve gender violence is included below. To conclude, a last section is added that attempts to highlight an emerging way of exercising gender violence: the new technologies as a new vehicle for driving this kind of violence.

PALABRAS CLAVE / KEY WORDS

Violencia de género, violencia doméstica, protección penal, violencia asistencial, víctima de violencia de género, derechos fundamentales.

ÍNDICE :

1. INTRODUCCIÓN.
 - 1.1 ORÍGEN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 1.2 TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
 - 1.3 DISCRIMINACIÓN Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. ENCAJE CONSTITUCIONAL Y ESTUDIO JURISPRUDENCIAL
 - 1.4 VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO COMUNITARIO
2. CONCEPTO JURÍDICO: VIOLENCIA DE GÉNERO; VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA ASISTENCIAL.
3. ESTUDIO DE LA: LEY ORGÁNICA 1/2004, MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - 3.1 CUESTIONES GENERALES: PREÁMBULO Y JUSTIFICACIÓN DE LA LEY
 - 3.2 SISTEMÁTICA
4. REGULACIÓN PENAL.
 - 4.1 DELITO DE MALTRATO DE OBRA. ARTÍCULO 153.1 CP.
 - 4.2 DELITO DE LESIONES AGRAVADAS. ARTÍCULO 184.1.
 - 4.3 DELITO DE AMENAZAS LEVES ARTÍCULO 174 CP Y COACCIONES LEVES ARTÍCULO 172.2 CP.
 - 4.3.1 Delito de amenazas leves.
 - 4.3.2 Delito de coacciones leves.
 - 4.4 DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y MALTRATO HABITUAL. ARTÍCULO 173.2 CP.
 - 4.5 DELITO DE INJURIAS Y VEJACIONES LEVES. ARTÍCULO 173. 4 CP.
 - 4.6 EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. ARTÍCULO 468 CP.
 - 4.7 CUESTIONES PROCESALES: PERDÓN DEL OFENDIDO, DISPENSA Y DERECHO A NO DECLARAR.
5. SANCIONES PENALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - 5.1 PENA DE PRISIÓN.
 - 5.2 LOCALIZACIÓN PERMANENTE.
 - 5.3 SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.
 - 5.4 PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA, APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA.
 - 5.5 PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, GUARDA Y ACOGIMIENTO.
6. VIOLENCIA DE GÉNERO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. VIOLENCIA DE GÉNERO EN REDES SOCIALES.
7. CONCLUSIONES.
8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y análisis de la problemática social de la violencia de género, manifestación última de todo un proceso de discriminaciones por razón de sexo instauradas a raíz del sistema patriarcal vigente en las sociedades contemporáneas desde la antigüedad. Este estudio se centra no solo en el actual tratamiento penal de la violencia doméstica y de género, sino en el reconocimiento de los logros alcanzados hasta la actualidad en materia de igualdad, y las deficiencias que el mismo presenta para alcanzarla plenamente. Poniendo el punto de mira en el tratamiento penal de la violencia de género, se intenta dar una visión global de la amenaza que hoy en día el machismo representa para las mujeres, tratando de aportar en definitiva un paso más hacia un futuro más igualitario.

La desigualdad entre hombres y mujeres es una realidad que ha existido siempre. Mientras que el hombre se encargaba del poder de decisión y de las cuestiones relevantes, la mujer estaba relegada al hogar. Se instaura así un tipo de sociedad patriarcal regida por un Ordenamiento Jurídico elaborado únicamente por el sexo masculino y que sin embargo era aplicado a la sociedad en su conjunto.

Esta situación de dominación del hombre sobre la mujer da lugar a una situación de discriminación persistente que tiene su más cruel manifestación en la violencia de género. La violencia ha sido y continúa siendo el método utilizado para perpetuar el sistema patriarcal. Por medio del miedo y la dominación crean y repiten la idea de que la mujer debe situarse en una situación de subordinación respecto del hombre. En efecto, lejos de ser un problema superado en la actualidad, continúa siendo una de las grandes lacras sociales de nuestro país que desgraciadamente se ve atacado diariamente con nuevos episodios de violencia de género.

Se trata de una serie de delitos que atacan prácticamente a la totalidad de derechos de la mujer, afectando a su esfera más íntima, impidiéndola participar en la vida social. Supone una vulneración integral de su bienestar generando graves secuelas no solo físicas sino psicológicas, sexuales, relacionales, familiares etc. Nos encontramos ante un tipo de violencia a la que se ve sometida la mujer por el mero hecho de haber nacido mujer, sin embargo, en muchas ocasiones ésta es ejercida en el seno de la vida familiar afectando también a este ámbito y en numerosos casos a hijos menores.

En España hemos acudido a un auténtico van y ven de mejoras y retrocesos legislativos, dejando en principio atrás un derecho penal marcado por un fuerte carácter machista. Siendo la máxima

expresión de igualdad la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Este texto normativo trata de dar un enfoque multidisciplinar al problema de la violencia machista, suponiendo un considerable avance en nuestro país. Intenta proteger y prevenir a la mujer frente a posibles episodios de violencia recibidos por parte de su pareja o ex pareja, si bien, si no existe dicho vínculo entre los sujetos el acto de violencia no tiene cabida en la Ley que eleva el nivel de protección de la mujer, no solo aumentando la pena de tipos penales ya existentes sino elaborando nuevos delitos. De la misma manera incorpora como podremos estudiar con posterioridad medidas en materia de educación, sanidad, pero también en materia laboral, procesal, incluyendo una lista de derechos que se reconoce a quien acredite su condición de víctima de violencia de género.

En todo caso, debemos señalar que actualmente la LOPVG ha quedado en cierta medida atrasada, dejando desprotegidas o sin regulación algunas nuevas realidades o manifestaciones de la violencia de género.

Como mencionábamos al inicio, el objeto del presente trabajo no es otro que análisis y estudio de los tipos penales integrantes de la protección penal de la víctima de violencia de género. Así, en primer lugar, iniciando con el estudio del origen de este tipo de discriminación, procedemos a un análisis de la evolución que nuestro sistema legislativo en la materia, así como el enfoque tanto internacional como comunitario dado a la violencia de género. En el segundo epígrafe, se incluye el análisis y diferenciación de tres conceptos que, aunque relacionados entre sí denotan realidades distintas: violencia de género, violencia doméstica, y violencia asistencial. Introduciéndonos en el sistema legislativo español, realizamos un estudio de la mencionada ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral de la Víctima de Violencia de Género, y de la regulación que nuestro Código Penal concede actualmente a la materia objeto de estudio incluyéndose las sanciones penales que anuda a los delitos de violencia de género. Por último, se incluye último epígrafe que intenta poner de manifiesto una nueva forma de ejercer el machismo surgida en los últimos años, a saber: las nuevas tecnologías y las redes sociales. Con ello se pretende mostrar la amenaza que este nuevo portal supone para las mujeres como vehículo de conducción de la violencia de género carente en la mayoría de las ocasiones de regulación alguna.

1.1 Origen de la violencia de género.

La violencia de género no es un fenómeno nuevo, si bien es cierto que se torna visible y se toma consciencia social del grave problema que representa, sólo de forma relativamente reciente. En

efecto, en épocas pasadas era considerado como una cuestión privada que debía solucionarse en el entorno familiar, actualmente es considerado como una lacra social en trámite aún de ser erradicada.

“Desde las épocas más remotas de la cultura humana se ha manifestado siempre la subordinación de las mujeres respecto a los hombres. Este fenómeno no se ha limitado sólo a concebir la inferioridad femenina, sino que ha trascendido las fronteras de lo racional, hasta llegar incluso a manifestarse mediante comportamientos agresivos, que acreditados por el patriarcado y ratificados luego por las sociedades ulteriores, conforman la ya histórica y universal violencia de género.”¹¹

Históricamente la causa de la violencia contra la mujer se achacaba a la conducta provocadora de la misma entiendo la como una forma de resolver los conflictos en el ámbito familiar. No fue hasta el surgimiento del movimiento feminista en el que se eliminó esta culpabilidad del sexo femenino, creando la convicción de que” las mujeres no eran las “provocadoras de la violencia” sino víctimas de un sistema dominado por los hombres, que asignaba un nulo poder al sexo femenino e imponía una rígida separación de roles entre los mismos “²

Actualmente se defiende un origen multicausal y ecléctico, en el que se tienen en cuenta factores de todo tipo: sociales, culturales, individuales, familiares económicos etc. Han sido distintas las teorías creadas al respecto, si bien es cierto, todas desembocan en un origen o factor común, a saber; el patriarcado.

Son múltiples los estudios que relacionan la violencia de género con el sistema patriarcal, entendido este como “un patrón de comportamiento, basado en las diferencias de poder existentes entre los diversos involucrados, y que tiene por finalidad mantener y perpetuar tal diferencia, y en consecuencia, la dominación”³

Es decir, se crea una sociedad patriarcal, y sexista, en la que desde la infancia se atribuye determinadas funciones o características al hombre y otras diferentes a la mujer, ligadas generalmente al ámbito doméstico. “En definitiva, el sistema patriarcal ha elevado a axioma indiscutible el artificio interesado de un mundo partido en dos: los varones que gobiernan deciden

¹¹ L.D PAEZ CUBA *Génesis y evolución histórica de la violencia de género*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, febrero 2011

²² MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, Estudio *Integral de la Violencia de Género*, 2019 , pag215

³ RAQUEL OSBORNE, *Apuntes sobre violencia de género*, 2008 Raquel Osborne pág. 48.

y ordenan, y las mujeres que acatan, aceptan y obedecen.”⁴ Sistema que se reproduce automáticamente de generación en generación. Así, el momento en que la mujer decide dejar de someterse a esta situación de sumisión, el hombre responde de manera violenta para mantener su estatus de superioridad, dando lugar a la violencia de género.

En efecto, el patriarcado, encuentra en la violencia el mejor aliado para su mantenimiento, ya que ésta “confirma la estructura pues se basa en relaciones de poder jerarquizadas y dispares, y las reproduce debido a que las agresiones actúan como instrumento disuasorio respecto a las potenciales demandas⁵.

Se trata de una violencia de carácter instrumental, cuyo fin, no es otro que el mantenimiento de un sistema sexista y desigual, para dominar a la mujer y mantener los privilegios que creen que le son propios.⁶

De esta manera, existen un conjunto de factores que tienden a perpetuar la violencia de género y que, sin embargo, son percibidos por la sociedad como elementos de la vida cotidiana. Así, entre estos factores podemos encontrar algunos de índole cultural como la socialización por género, las expectativas de cumplimiento de los roles dentro de las relaciones, la noción de la familia como una esfera privada bajo el control masculino o la aceptación de la violencia como un medio para resolver conflictos. Otros de carácter económico como el acceso limitado a las mujeres al dinero, al empleo, a la educación, la dependencia económica de las mujeres respecto de los hombres. Existen también factores políticos como la falta de organización de las mujeres como fuerza política, la falta de participación de las mujeres en el sistema político o el riesgo de desafiar al statu quo y las leyes religiosas. Por último, también podemos destacar los factores de índole legal que tienden a preceptuar la violencia machista como las leyes sobre el divorcio, custodia de menores, pensiones, herencias, las definiciones legales de violación y abuso de familia, el bajo nivel de formación legal entre las mujeres o la falta de sensibilidad en el tratamiento de la niñas y mujeres por parte de la policía y la judicatura.⁷

Es decir, no se trata de episodios o situaciones aisladas de violencia o discriminación, o de un comportamiento existente en un determinado sujeto o sector de la población. Sino que se ha

⁴ ANA MARÍA PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA *El sistema patriarcal, desencadenamiento de la Violencia de Género*, pág. 35

⁵ MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio Integral de la Violencia de Género*, 2018, pag.216

⁶ JUNTA DE ANDALUCÍA, *Documentación Violencia de Género red ciudadana*.

⁷ EVA MARÍA PEÑA PALACIO, *Fórmulas para la igualdad número cinco*, 2007, pág. 8

estructurado todo un sistema que ubica a la mujer en una situación de clara subordinación frente al hombre y que encuentra en la violencia el mejor instrumento para su mantenimiento y control.

Como vemos es difícil pues ubicar la génesis de la violencia de género en único factor o momento histórico, sino que nos encontramos ante todo un sistema patriarcal creando históricamente, necesitado pues de evolución y de un compromiso global para poder considerarlo completamente desmantelado.

1.2 Tratamiento de la Violencia de Género en el Ordenamiento Jurídico español.

El Ordenamiento Jurídico español es una clara muestra del papel que ha ocupado la mujer a lo largo de la historia. Así en nuestra legislación decimonónica se encuentra enmarcada en un derecho penal claramente machista relegando a la mujer a un papel de gran desigualdad.

El Código Penal de 1822 establecía delitos que únicamente podían ser cometidos por el sexo femenino, como el adulterio o el deber de guardar luto al marido. En su artículo 106 disponía como circunstancia atenuante “el sexo femenino”. En este mismo texto legal se permitía la llamada “pena marital” que consistía en un castigo que podía imponer el marido a su esposa en supuestos de desobediencia.

El camino hacia un sistema jurídico más igualitario se inicia en España a partir de la aprobación de la Constitución de 1931 bajo el gobierno de la Segunda República Española. Se prohíbe en su artículo 25 cualquier privilegio por razón de sexo, se reconocía el derecho de voto a la mujer (Artículo 36), la igualdad de los cónyuges y el divorcio, la igualdad de los hijos e hijas tanto matrimoniales como extramatrimoniales (art 43). Se permite el acceso de la mujer al mercado laboral en igualdad de condiciones, el derecho a la elección libre de la profesión (art 33) e incluso el derecho a ocupar cargos públicos (art 40)

Sin embargo, este periodo de avances fue efímero, ya que con la Guerra Civil Española y la Dictadura Franquista, se suprime todo inicio de instauración del principio de igualdad en nuestro país. Esta etapa destaca por la ausencia de un marco constitucional, rigiéndose por el Código Civil y el Código Penal. Entre las medidas civiles podemos destacar la limitación de la capacidad de obrar de la mujer equiparándola en ciertos aspectos a la de los menores de edad o tutelados, y la conocida como licencia marital del artículo 61 del Código Civil, conforme a la cual la mujer necesitaba el consentimiento de su marido para ejercer actos de carácter jurídico- patrimoniales.

Respecto a la legislación penal, en el caso de delitos sexuales el parámetro para la punibilidad de los mismos era la honestidad, de manera que solo las mujeres consideradas como honestas eran dignas de protección quedando en otro caso la conducta impune. La violación era considerada como un delito contra el honor del hombre que podía ser el marido, el padre o el hermano. Además, la violencia sexual dentro del matrimonio era atípica pues se entendía que el marido tenía plena disposición sobre su mujer, y se recogía como circunstancia atenuante el estado pasional, “obrar por causas o estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación” solución a la que recurrían los tribunales para dejar a la mujer de nuevo necesitada de protección, a la vez que se penalizaba el adulterio femenino y la distribución de métodos anticonceptivos. Si bien es cierto, con la aprobación de la Ley 14/1925 del 2 de mayo se reforma parcialmente el Código Civil y el Código de Comercio intentando instaurarse un sistema más igualitario.

Podemos empezar a hablar de cierta igualdad a partir de la aprobación de la Constitución española de 1978, si bien, con todo, fue de nuevo escasa la participación de la mujer en su redacción, siendo excluidas en la elaboración del Anteproyecto de la Constitución. Debemos reconocer en todo caso la gran labor que llevó a cabo nuestro poder constituyente en la transición hacia la democracia, y la instauración de un sistema regido por la igualdad de todos los ciudadanos. De esta manera, se establece el principio de igualdad ante la ley en el artículo 14, y el artículo 9 impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo -y de los grupos en que se integran- sea real y efectiva, y se remuevan los obstáculos que la impidan o dificulten.

En este contexto se aprueba el Código Penal de 1995, en cuya exposición de motivos establece: “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos”. Se procede así a la reforma penal de los delitos sexuales, se prohíben las discriminaciones en el ámbito laboral, se establece el delito de incitación a la discriminación o a la violencia contra grupos o asociaciones por sexo, se prohíben las asociaciones que tengan como fin la incitación al odio o violencia por motivos de sexo. Y entre otras medidas es de destacar, la agravante incorporada en el artículo 22 por discriminación entre la que se incluye la sexual.

A pesar de los grandes avances producidos con el Código de 1995, la realidad denota la insuficiencia de nuestro ordenamiento para permitir que las mujeres ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones que los hombres. Se hace necesario entonces la elaboración de un Ley para la efectiva protección de la víctima de violencia de género y la consecuente reforma Penal. Se

aprueba así la ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres que supuso un gran avance en la sociedad española. Podemos destacar que no es una ley que se dirija únicamente a la mujer o a los poderes públicos, sino a la sociedad en su conjunto, intentado que el principio de igualdad tenga acogida en todos los ámbitos, siendo una ley profundamente reformista. En ella además se incluye un mandato en su artículo 17 para que el Estado elaborará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.

Otro hito en nuestro país será la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral de la Violencia de Género que, como posteriormente examinaremos, supuso un gran avance en materia de igualdad, dando un enfoque multidisciplinar, y supuso además la gran reforma penal en materia de violencia de género como tendremos ocasión de examinar en las siguientes páginas.

1.3 Discriminación y discriminación por razón de sexo. Encaje constitucional y estudio jurisprudencial.

La Constitución Española de 1978 pretendió ser el vehículo que permitiera alcanzar la plena igualdad de todos sus ciudadanos, siendo el llamamiento a la igualdad constante a lo largo de todo el texto constitucional.

Así, en su artículo 1, propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Tiene este precepto una función totalizadora e integradora del resto de tipos de igualdad de nuestra Constitución. En el artículo 14 CE se establece la llamada igualdad formal o igualdad ante la Ley, al disponer “los españoles son iguales ante la Ley”, sin embargo, cabe apreciar que ⁸ “el contenido de este precepto es más amplio, pues junto al principio de igualdad ante la ley, se incluye una prohibición general de discriminación que implica también un derecho”.

Se establece además la llamada igualdad material o real en el artículo 9.2 CE como manifestación de la implantación de un Estado Social. Se impone así a los poderes públicos el mandato de que promuevan las condiciones para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas así como para remover los obstáculos que la dificulten. Esta faceta de la igualdad determina que ⁹ “no es suficiente dar un trato igual a los supuestos iguales, ni es suficiente con que todos sean iguales ante

⁸ MARIA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio Integral de la Violencia de Género*, 2018, pág. 40

⁹ MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio integral de la violencia de Género*, 2018, pág. 40

la ley, sino que hay que dar un trato diferente y más favorable, a los colectivos que se encuentran en una posición inferior de partida”.

Si continuamos examinando la Carta Magna encontramos diversas menciones a la igualdad en los derechos de los ciudadanos, así por ejemplo podemos mencionar el artículo 32.1 que recoge la igualdad para contraer matrimonio, el 23 que articula el acceso “en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” o el artículo 139 CE.

Centrándonos en el artículo 14 CE que podemos considerar como núcleo esencial de la igualdad en nuestro sistema constitucional, se propugna no solo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley sino también una prohibición de discriminación mencionándose una serie de rasgos tendentes en la historia a provocar discriminación, y entre los que se en cuenta el sexo “ no es por tanto una simple especificación del principio, sino un mandato especial que incluye la mención específica de ciertos criterios de discriminación especialmente prohibidos “¹⁰

Así, siguiendo a Díaz Revorio, “la discriminación implica tratar a una persona o a un grupo de personas de manera no solo diferente, sino inferior a la que debería corresponderle, en base a una condición o circunstancia personal o a la pertenencia a la misma minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido”¹¹ Por tanto existe una estrecha relación entre el principio de igualdad y discriminación, ya que en muchas ocasiones para intentar eliminar la desigualdad y conseguir que la igualdad sea real y efectiva es necesario llevar a cabo prácticas discriminatorias, sin embargo como ha perfilado la jurisprudencia constitucional, este trato diferenciado no puede suponer un trato discriminatorio carente de un fundamento objetivo y razonable. Sin embargo, tal y como destaca el Tribunal Constitucional en STC 108/1989 de 8 de junio, el mandato de igualdad va dirigido esencialmente a los poderes públicos, mientras que la prohibición de discriminación afecta a todos los ciudadanos.

Como he mencionado anteriormente, nuestra Constitución recoge una serie motivos específicos de prohibición de discriminación por razones de sexo. “Tanto la igualdad como la prohibición de discriminación, como el valor esencial de la dignidad humana, constituyen los valores fundamentales que resultan lesionados en todos los supuestos de violencia de género”.¹² Cualquiera de las manifestaciones de la violencia de género acarrea el correspondiente comportamiento discriminatorio suponiendo un profundo atentado contra la dignidad, ubicando

¹⁰MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, Estudio Integral de la Violencia de Género, 2018 Pag 49

¹¹ MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, Estudio Integral de la Violencia de Género, 2018 Pag 49

¹² MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, Estudio Integral de la Violencia de Género, 2018. Pag 50

a la mujer en una posición de subordinación por el mero hecho de su sexo, y una violación íntegra de sus valores constitucionales. De ahí, el llamamiento a los poderes públicos para adoptar las medidas necesarias para la erradicación de esta faceta de discriminación.

Con la elaboración de Leyes que pretendían dar una mayor protección a la mujer ante este tipo de delitos, en especial la Ley 1/2004 se plantearon multitud de cuestiones de inconstitucionalidad por considerar que conculcaban el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional se pronunció en diversas ocasiones para mantener la constitucionalidad de la norma. Así en la STC 59/2008 de 14 de mayo afirma que “no es el sexo de los sujetos activos o pasivos un factor determinante de los tratamientos diferenciados. La diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen”. Es decir, se trata de penalizar un tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. Se trata de un tipo de violencia que tiene de trasfondo una situación de desigualdad, es decir, un móvil más reprochable y por ello la opción legislativa tendente a una mayor punibilidad de la acción

En el mismo sentido se manifiesta en la STC 59/2007 de 14 de mayo, la mayor punición de estas acciones para los hombres se debe a la “mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esa frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”.

Es decir, la opción tomada por nuestro Ordenamiento Jurídico de establecer una respuesta penal más severa para la violencia ejercida por parte de los hombres sobre las mujeres no es un capricho del legislador. Se trata de eliminar esta cruel práctica a través de una mayor punición de sus acciones que lejos de contradecir el principio de igualdad, busca precisamente que dicho principio irradie todos los ámbitos de la sociedad hasta que la realidad muestre que no es necesaria esa protección diferenciada por razón de sexo.

1.3 Violencia de género en el Derecho Internacional y en el Derecho Comunitario.

El fenómeno de la violencia de género es una realidad que acontece en todos los países del mundo. De ahí la preocupación existente desde la comunidad internacional y de la Unión Europea de

adoptar instrumentos que permitan su erradicación, así como la protección de la víctima de violencia de género a través de una actuación conjunta y coordinada de todos los Estados.

La primera vez que se toma consciencia de este problema fue en 1933 a través de la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (DEVAW), en ella se “reconoce por primera vez de forma explícita que la violencia contra las mujeres constituye una violación de derechos humanos por las asimétricas relaciones de poder entre hombres y mujeres que históricamente han conducido a la discriminación y subordinación de ellas.”¹³ En dicha declaración se hace un llamamiento a los Estados firmantes para que adopten las medidas tanto preventivas como punitivas que permitan la eliminación de estos delitos así como una eficaz protección de la víctima, de manera que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva. A raíz de dicha declaración, se aprueba también en 1995 la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre los Derechos de las Mujeres, también conocida como Beijing 95.

A partir de aquí y a nivel internacional podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, siendo el primer tratado de carácter regional aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África de 2003 adoptado por la Unión Africana.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 recoge un amplio catálogo de Derechos Humanos, sin embargo, no realiza una estipulación expresa a la violencia contra las mujeres, sino que la misma se ha ido elaborado a través de la función que ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

Reiterando que dicha violencia supone una violación de los derechos humanos de las mujeres” Será la intensidad y gravedad de la agresión la que determinará, de forma casuística, que derecho o estipulación del CEDH servirá como parámetro de enjuiciamiento de la responsabilidad del Estado ante tal agresión”¹⁴. Sin embargo, el TEDH era en principio reticente a abordar la violencia de género desde la perspectiva de la prohibición de discriminación, fue a partir del asunto Opuz c. Turquía, de 9 de junio de 2009, en el que reconoce que “la violencia de género, incluida la

¹³ ANA GIMÉNEZ COSTA *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019 Pag 73.

¹⁴ ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019, Pag 77 y 78

doméstica, es una manifestación de la discriminación contra la mujer y que el hecho de que el Estado no proteja a las mujeres contra esta violencia lesiona su derecho a la igualdad de protección legal, y lo hace desde el reconocimiento de su gravedad y de su universalidad.”¹⁵

Un texto que sin duda debemos destacar, debido a la vital importancia que tiene en la materia que ahora nos ocupa es el Convenio de Estambul, aprobado el 11 de mayo de 2011 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Se erige como el primer tratado vinculante en materia de violencia de género en todas sus manifestaciones en el marco de los derechos humanos y nace con la vocación de ser el instrumento internacional que lleve a la erradicación de esta lacra social pudiendo ser ratificado por todos los Estados. Este convenio cubre la laguna que existía a nivel internacional en la protección de los derechos de las mujeres, partiendo de las conocidas como 3P: Prevención, Protección y Punicción asumiendo como fin último la igualdad entre hombres y mujeres e imponiendo a los estados obligaciones de carácter positivo. Se crea además en GREVIO, esto es, el Grupo de Expertos sobre la acción contra la violencia de género cuya misión es supervisar el grado de cumplimiento del tratado por parte de los Estados parte.

Entrando ya en el Derecho Comunitario, no existe una mención específica respecto a si la competencia en materia de violencia de género es materia compartida o exclusiva, de la misma manera, es decepcionante la gran laguna en el derecho primario en la materia. Sin embargo, es de destacar el trabajo llevado a cabo a través del conocido como <<soft law>>, pero que carece de carácter vinculante.

En el Derecho Comunitario las tres piezas angulares de la materia que nos ocupan son dos directivas y un reglamento que por tanto si tienen carácter vinculante, Si bien, “no se dirigen a la violencia de género de forma específica se preocupan por establecer un nexo directo con este tipo de víctimas y de agresiones”.¹⁶

En primer lugar, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (DOEP), que junto al Reglamento 606/2013 del Parlamento Europeo y de Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento

¹⁵ ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019. Pag 79

¹⁶ ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019 Pag 87

mutuo de medidas de protección pretenden unificar el nivel de protección por parte de los Estados miembros, de manera que las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro resulten de la misma eficacia en otro. Estas medidas gozan sin duda de una gran importancia en materia de violencia de género ya que es habitual que los agresores viajen, se trasladen o se desplacen dentro de la Unión Europea. A través de estas normas las víctimas se ven amparadas por un nivel de protección que sería imposible lograr sin la colaboración del resto de Estados miembros.

Por último, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, en la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. En dicha directiva se trata de dar un papel más relevante a la víctima partiendo de un estudio individualizado de la víctima para establecer el nivel de protección adecuado. La Directiva, además reconoce “que las mujeres víctimas de violencia por razón de género, tanto si esta violencia se produce en el ámbito doméstico como fuera de él, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad y que, por tanto, deben recibir una protección más amplia e intensa por parte de las autoridades competentes. Ahora bien, la determinación de sus necesidades específicas de protección deberá establecerse a través de una evaluación puntual e individual”.¹⁷

Se reconoce además en su artículo 18 un “derecho de protección”, en el cual podemos diferenciar un derecho de protección más “débil” en el sentido de que permite un mayor margen de actuación por parte de los Estados en cuanto a las medidas a adoptar para proteger a la víctima, y un derecho de protección más estricto reservado a aquellas víctimas consideradas como más vulnerables, entre las que se encuentran las víctimas de violencia de género, mucho más exigente y para las que se establecen medidas de protección y procesos penales mucho más estrictos.

2. CONCEPTO JURÍDICO: VIOLENCIA DE GÉNERO; VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA ASISTENCIAL.

Vamos a proceder a continuación al análisis de tres tipos de manifestación de violencia: violencia de género, doméstica y asistencial. Se trata de tres conceptos que, aunque relacionados entre sí, y en ocasiones coincidentes, engloban realidades distintas; siendo por ello preciso diferenciarlas.

El delito de violencia doméstica se recoge como tal por primera vez en la reforma del Código Penal realizada a través de la Ley 3/1989, de 21 de junio, en el que se limita a tipificar la violencia habitual únicamente de tipo física ejercida sobre determinados sujetos especialmente vinculados con el

¹⁷ Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre

agresor. Dicho tipo penal ha sido objeto de múltiples reformas, ampliándose tanto el campo de sujetos que pueden ser objeto de dicha violencia como el tipo de violencia que se puede ejercer (física y psicológica).

Así, podríamos afirmar que la violencia doméstica es “la violencia ejercida por la persona agresora sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar.”¹⁸

Se excluye por tanto del concepto a las personas recogidas en el artículo 153.1 CP: “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, que serán objeto de otro tipo de violencia más específico, la violencia de género.

Esto no quiere decir que la mujer no pueda ser víctima de violencia doméstica, puede serlo, y de hecho en la mayoría de las ocasiones es coincidente. Sin embargo, este tipo de violencia puede ser sufrida por la mujer, pero también por el resto de los miembros de la familia, y la sufre no por el hecho de “ser mujer”, sino en cuanto a integrante de la unidad familiar. De la misma manera puede sufrirse violencia de género fuera del ámbito familiar como es el caso de agresiones sexuales o el acoso laboral, es decir, como advierte Maqueda, la violencia *de género* apunta a la mujer y la violencia *doméstica* a la familia.

Por otra parte, tenemos que señalar el concepto de violencia asistencial, recogido también en nuestro Código Penal. Consiste ésta en aquel tipo de violencia que se ejerce sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados.

La violencia asistencial por tanto protege a un colectivo que, aunque no se encuentra dentro del núcleo familiar, es necesitado de protección por su especial vulnerabilidad. Vemos por tanto como “las modificaciones del Código Penal en materia de violencia doméstica delimitan como tal los casos de ejercicio de violencia en un entorno que no es propiamente el doméstico pero que tiene un denominador común: la relación especial entre víctima y agresor.”¹⁹

¹⁸ EDUARDO RAMÓN RIVAS, *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, 2008, página 90

¹⁹ JULIO MUERZA ESPARZA *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005 página 15

El concepto de violencia de género lo encontramos recogido en el artículo 1 de la LO 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su apartado 3º recoge “*la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*”, y en el apartado 1º realiza una limitación de los sujetos objeto de la misma: “*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.*”

No siempre que se cometa un acto de violencia doméstica tiene por qué producirse un delito de violencia de género, pues “es preciso que concurren diversos requisitos: en primer lugar que el autor sea un hombre y la víctima una mujer; en segundo término, que ambos estén o hayan estado casados o bien exista o haya existido una entre ellos una relación sentimental de similar afectividad; y por último, que el acto de violencia se manifieste como una manifestación del primero respecto de la segunda, por razón, precisamente, de la condición femenina de la víctima, evidenciándose en el acto una situación de desigualdad, una relación de poder del autor sobre la mujer.”²⁰

Siguiendo la jurisprudencia marcada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo: No es el sexo lo que guía al legislador para agravar la conducta a típica, sino la mayor reprochabilidad de la acción, al tratarse de “una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad”. La agravación de esta conducta, tal como señala dicha Sentencia, se justifica en definitiva en “una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o de quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con las que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.”

Se trata de un tipo de violencia que la mujer sufre “por el hecho de ser mujer”, debida a la posición de superioridad del hombre que la ejerce, que ubica a la mujer en una situación de subordinación. De ello podemos extraer, y así ha ido perfilando la jurisprudencia, que para que una determinada conducta sea subsumida bajo los tipos penales de la violencia de género, no es suficiente con que se produzca dentro de una relación de efectividad entre los sujetos, sino que es necesario que surja “en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del

²⁰ EDUARDO RAMÓN RIVAS, *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, 2008, página 96

hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibile.”²¹ Es decir, para ser calificado de violencia de género será necesario que los actos sean manifestación de un comportamiento machista que dé lugar a un claro comportamiento discriminatorio y de desigualdad.

A partir del concepto legalmente establecido y de su perfilamiento por parte de la jurisprudencia, es preciso realizar una serie de matices:

En primer lugar, se extiende la protección de la víctima de la violencia de género a las menores de edad, la Fiscalía General del Estado ha entendido que, en tanto, tengan capacidad para iniciar una relación sentimental, están necesitadas de la misma protección que las mayores de edad, a pesar de que no tengan plena capacidad de obrar.

La extensión a las mujeres transexuales es en principio aceptada. En la Circular 6/2011 se establece que es necesario estar sometido a tratamiento quirúrgico de cambio de sexo, tener apariencia femenina y comportamiento como tal. Sin embargo, esta materia es regulada fundamentalmente por parte de las Comunidades Autónomas, siendo objeto de una mayor protección por dichas normas.

Sin embargo, se rechaza su aplicación a las personas homosexuales, en tanto que, como se ha señalado, la violencia de género es aquella que sufren las mujeres *por parte de los hombres* por el hecho de serlo. De modo que las homosexuales podrán ser objeto de violencia e incluso de violencia discriminatoria, pero no de “violencia por razón de sexo”, a pesar de que se encuentren unidas por una relación de afectividad. Ya que, como hemos mencionado previamente, es *conditio sine qua non* para apreciar este tipo de delitos la diferencia de sexo entre los sujetos, siendo la víctima –con la salvedad mencionada *supra*- de sexo femenino.

Se plantea sin embargo en la actualidad la necesidad de una modificación del concepto legal de “violencia de género”, sin que sea preciso que la misma sea ejercida por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones análogas de afectividad, aún sin convivencia. Si de lo que se trata es de erradicar aquellos comportamientos discriminatorios que supongan una vejación de la mujer y una profunda violación de sus derechos fundamentales, debería de ser indiferente que el autor se encuentre ligado a la víctima por una relación de afectividad, siempre que el móvil de la acción sea de tinte machista. La violencia de género supone una mayor reprochabilidad de la acción como consecuencia de una relación de

²¹ STC, 1177/2009, de 24 de noviembre

superioridad que no tiene por qué darse en el seno de la pareja o ex-pareja, sino que se da, y la realidad así lo muestra, en todos los ámbitos sociales y culturales.

3. ESTUDIO DE LA: LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

3.1 Cuestiones generales: preámbulo y justificación de la Ley.

La Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre, trajo desde su aprobación un largo y complejo debate sobre su procedencia y eficacia.

Esta ley surge para dar respuesta a las alarmantes cifras de muertes y episodios de violencia de género que ponían de relieve y evidenciaban la enorme gravedad del problema, y requería de una respuesta urgente por parte de los Poderes Públicos, en cumplimiento del artículo 9 de nuestra Constitución de hacer reales y efectivos los derechos y libertades de todos los ciudadanos.

La severa constatación de una violencia sufrida por las mujeres por parte de sus parejas o exparejas no es parangonable con la sufrida por otros colectivos por razón de sexo; lo que las sitúa en un plano en el que la desigual situación de hecho requiere soluciones jurídicas desiguales para su reparación, reclamando al legislador la adopción de medidas sustentadas en la interpretación del artículo 14 CE, en necesaria conexión con el artículo 9 CE.”²²

Se trata de un tipo de violencia reconocida por la comunidad internacional, como “aquella sufrida por las mujeres por el mero hecho de serlo”. Se trata de una serie de conductas discriminatorias de tal magnitud que afectan a bienes jurídicos tan importantes y necesitados de protección como la dignidad, la integridad física o moral, e incluso la propia vida. Por ello, se hace necesario la elaboración de una normativa específica en la que incluso estarían justificadas las *discriminaciones positivas* a favor de la mujer. En efecto, una situación marcada por una desigualdad tan profunda no puede ser corregida desde luego con medidas iguales.

En la exposición de motivos de la propia ley se trata de dar una mayor visibilización a este tipo de conductas, señalando que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. “Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo,

²² MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio Integral de la Violencia de Género*, 2019 página 139

por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”

La ley se aprueba también en cumplimiento de las reclamaciones recibidas desde el ámbito internacional, dando constancia así de la necesidad de realizar un esfuerzo global por parte de toda la comunidad internacional para acabar con esta lacra social.

En último término el fin de la ley es la reestructuración de todo el sistema y sociedad española, asentándola bajo el principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, a través de medidas que afecten a los distintos ámbitos de la sociedad, dando una respuesta global y efectiva, para al fin conseguir la definitiva abolición de la violencia de género.

3.2. Sistemática.

La Ley Orgánica trata de dar un cambio profundo en el sistema de protección de la violencia de género que existía en nuestro país. “Pretende enfocar la regulación de un modo integral y multidisciplinar, empezando por procesos de socialización y de educación. En este sentido, se establecen medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. En definitiva, se trata de dar una respuesta legal integral comprendiendo tanto normas sustantivas como procesales incluyendo la debida formación de los diversos colaboradores de la administración de justicia”.²³

La Ley se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales:

- El Título Preliminar (artículos 1 y 2), tratan el objeto y principios rectores de la ley.
- El Título I (artículos 3 a 16), se dedica a las medidas de sensibilización, prevención y detención en lo relativo al ámbito sanitario, educativo y de la publicidad.
- El Título II (artículos 17 a 28), articula los derechos de la víctima de violencia de género.
- Título III (artículos 29 a 32), tratan la tutela institucional. Y crean dos nuevas instituciones, a saber; la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer.
- Título IV (artículos 33 a 42) incorpora nuevas medidas en materia penal.

²³JULIO MUERZA ESPARZA, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005 pág. 11.

- Título V (artículos 43 a 72) sobre las medidas en materia procesal e incorporando un nuevo órgano judicial: el Juzgado de Violencia sobre la mujer.

El Título I, intenta llevar a cabo una sensibilización de la sociedad española ante la problemática de la violencia de género, haciendo énfasis en los valores democráticos e igualitarios que impulsa nuestro ordenamiento jurídico. En el artículo 3 se incluye el mandato a los poderes públicos de elaborar un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de género “que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género.”

Se incorpora en los artículos 4 a 9 las medidas educativas, que podemos enmarcar dentro de la denominada prevención primaria consistente siguiendo a Calvo García en la exigencia de desarrollar iniciativas tendentes a transformar la sociedad en sentido amplio, para ello habrá que desarrollar políticas y acciones dirigidas a incidir en factores de poder y culturales sobre los que se asienta la violencia de género. Si bien es cierto, que estas medidas de prevención primarias han supuesto un cambio en el paradigma de nuestro sistema legal, desde algunos sectores se reclama la ausencia en la ley de un mandato para hacer exigible el desarrollo efectivo de las políticas adecuadas para el fomento de igualdad y la protección efectiva del sexo femenino.²⁴

Estas medidas imponen el principio de igualdad como fundamento básico del sistema educativo español, incluyendo normas relativas a la formación del profesorado en materia de violencia de género y a la impartición de la docencia en base a los principios de igualdad en todas las etapas educativas. En efecto, la educación desde edades tempranas puede resultar uno de los instrumentos más efectivos para luchar contra la violencia de género, ya que los niños de hoy son los posibles agresores de mañana, de la misma forma si se consigue una plena igualdad en las oportunidades sistema educativo, será más fácil lograr una igualdad de oportunidades en el acceso al mundo laboral.

De nuevo se hace necesario en este capítulo la inclusión de medidas realmente efectivas y actualizadas, entre las que podrían incluirse la utilización de un lenguaje inclusivo, la abolición de estereotipos sexistas en libros de texto, cuentos e incluso juegos, la impartición de una educación

²⁴ MANUEL CALVO GARCÍA *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006 pág. 120

sexual basada en el respeto a la mujer, la información y formación del alumnado sobre el procedimiento a seguir en caso de ser víctimas de violencia de género etc.

Continúa la ley en el Capítulo II con las medidas relativas a la publicidad y los medios de comunicación considerando ilícita *“la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”*. Se establecen obligaciones de control negativas encaminadas a hacer efectivos esos derechos por parte de las Administraciones Públicas, a la par que se faculta a las autoridades competentes y a las asociaciones que trabajen en favor de la igualdad para solicitar la retirada de anuncios y campañas que contravengan estos valores.”

En el artículo 13 establece *“Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.”* Imponiéndose de esta forma obligaciones positivas a los poderes públicos en pro de la igualdad. Si bien, se echa en falta medidas relativas a la utilización de la publicidad y los medios de comunicación para fomentar la igualdad efectiva entre ambos sexos, y no solo medidas relativas a la erradicación de la desigualdad.²⁵

Se incorporan también medidas encaminadas a la rápida detección de la violencia de género. La detención precoz de situaciones de riesgo por parte de profesionales sociales y jurídicos mediante la observación de los determinados factores de riesgo que permiten adelantar la actuación y evitar posteriores situaciones de riesgo para la integridad de la mujer, encuadrables por tanto en la prevención secundaria, entendida esta como” la prevención articulada a través de factores de riesgo específicos detectados a través de la investigación y la praxis y los mecanismos de intervención dirigidos directamente a los sujetos involucrados en estas situaciones de violencia” *ibídem*.

En el capítulo III, se incorpora “medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detención precoz, la asistencia, y la rehabilitación de la mujer en situaciones de violencia de género, regulándose incluso una comisión específica contra la violencia de género en el marco del Consejo Interterritorial del sistema nacional de la Salud, con fines de coordinación y supervisión sobre los objetivos y programas establecidos en el artículo 15”²⁶

²⁵ MANUEL CALVO GARCÍA *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006 pág. 123

²⁶ MANUEL CALVO GARCÍA *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006, pág. 124

El Título II incorpora el catálogo de derechos de la mujer víctima de violencia de género, y como la otra cara de la moneda, la obligación de los poderes públicos de hacer efectivos dichos derechos. Se reconoce, en el capítulo I el derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita:

- Derecho a la información: la mujer víctima de violencia de género tiene derecho a recibir información y asesoramiento adecuado a su situación personal. A tal fin las Administraciones públicas deberán disponer de organismos, servicios u oficinas que faciliten la información relativa a las medidas contempladas en la LVG²⁷
- Derecho a la asistencia social integral: Consiste en el derecho a contar con unos servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral, asistencia social que prevé también para los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, debiendo contar los servicios sociales, en el caso de los menores, con personal específicamente formado para su orientación y atención.” Se impone el deber a las CCAA y a las corporaciones locales de organizar estos servicios en base a los principios de atención permanente, urgente, especialización y multidisciplinariedad. (íbidem).
- Asistencia jurídica gratuita: aquellas mujeres que acrediten legalmente la falta de recursos económicos para litigar tienen derecho a asistencia letrada gratuita en todos los procesos que tengan por objeto la violencia padecida. En caso de fallecimiento de la mujer, este derecho recaerá sobre sus causahabientes.

En el Capítulo II, se incluyen los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, y en el capítulo siguiente los derechos relativos a las funcionarias públicas.

Debemos destacar que el disfrute de estos derechos se encuentra supeditado a la acreditación de la condición de víctima de violencia de género mediante la orden dictada por el Juez o, excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal.

Procede pues la LO 1/2004, en su Capítulo II del Título II, a la reforma del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo una serie de derechos a favor de la trabajadora víctima de violencia

²⁷ noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4233-estudio-y-aplicacion-de-la-ley-organica-1-2004-de-28-de-diciembre-de-medidas-de-proteccion-integral-contrala-violencia-de-genero-especial-referencia-al-ambito-de-la-funcion-publica/

de género. Se reconoce así el derecho a una reducción de la jornada de trabajo (Artículo 37.8 ET), dejando su desarrollo al convenio colectivo. Si bien, a mi juicio, es dudoso el beneficio que para la víctima pueda comportar este derecho a la reducción de jornada -con la correspondiente reducción del salario a percibir-, en la medida en que tal vez dificulte aún más la independencia económica de la víctima. En el mismo artículo 37 ET se reconoce también el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo.

Se incluye el derecho al cambio de trabajo dentro de la misma localidad o en distinta (Artículo 40.4 ET).” Esta medida es muy eficaz para proteger a la mujer frente al agresor, al facilitar que la mujer cambie de lugar de trabajo donde aquella cree tener localizada. Por ello se impone la obligación al empresario de informar sobre estos derechos.²⁸

Se reconoce también el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo y derecho a percibir prestación por desempleo (Art 45 y 48 ET). “La medida es muy efectiva pues permite a la trabajadora suspender su contrato sin quedarse privada de la renta sustitutoria, ya que si tiene la cotización suficiente puede percibir prestación por desempleo durante el periodo de suspensión. “*ibídem*.

La mujer víctima de violencia de género tendrá también derecho a la extinción del contrato de trabajo con derecho a prestación por desempleo, así como a la acreditación de dicha situación laboral. Resulta interesante el reconocimiento realizado en el artículo 21.4 LOMIVG de la posibilidad de que los Servicios de salud o los Servicios sociales justifiquen la ausencia o el retraso de la mujer como consecuencia de la situación física o psicológica de la víctima.

Es de destacar también las novedades introducidas en materia de despido, considerando nulo el despido derivado de la situación de la mujer como víctima de la violencia de género.

Por otra parte, los derechos reconocidos a las mujeres víctimas de estos delitos con la condición de funcionarias públicas se recogen en el Capítulo III y son prácticamente paralelos a los de la mujer con relación laboral ordinaria. Debiendo acreditar de la misma manera, pero ante la Administración Pública correspondiente, su condición de víctima de violencia de género.

Se incluyen así novedades en el Estatuto Básico del Empleado Público, en aras de garantizar los derechos legalmente reconocidos. Se incorpora pues, el derecho a la protección de la intimidad de

²⁸ Eva Silván. Gabinete Jurídico confederal CCOO Susana Brunel. Equipo Secretaría confederal Mujer e Igualdad CCOO “Derechos laborales y de seguridad social de las mujeres víctimas de violencia de género”, 2013 Pag 25

la víctima de violencia de género (artículo 82), el derecho a la movilidad geográfica (artículo 82), derecho a las ausencias o faltas de puntualidad, reducción de la jornada y reordenación del tiempo de trabajo (artículo 49 d).

La LOVG es también consciente de los problemas económicos que puede suponer para la mujer el ser o haber sido víctima de la violencia de género. Por ello en el Capítulo IV del Título II, incluye derechos económicos para la víctima de violencia de género. Se intenta con ello suplir la falta de ingresos económicos de la mujer como consecuencia de las dificultades que sus circunstancias personales o familiares supongan para el acceso al mundo laboral, y siendo esta ayuda su única fuente de ingresos

“Se trata fundamentalmente de ayudas económicas de pago único cuya cuantía depende de las circunstancias personales de la mujer a las que solo tienen derecho aquellas víctimas de violencia de género que consigan acreditar especiales dificultades para obtener empleo derivadas de la edad, la falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, y por tanto no concedidas con carácter universal a todas. Su objetivo es fomentar la autonomía personal y económica del colectivo de mujeres maltratadas entendida como requisito fundamental para su recuperación y reinserción social, así como atender a las nuevas responsabilidades que puedan derivar de la separación conyugal”²⁹. Si bien, en la mayoría de las ocasiones estas ayudas son de cuantía insuficientes de manera que no permiten lograr el objetivo pretendido de fomentar la independencia económica de la mujer víctima de violencia de género.

En el Título III, se recoge las medidas en materia institucional, se crea una nueva institución, a saber, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a la que siguiendo la Exposición de motivos de la propia ley “*le corresponderá, entre otras funciones, proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres.*”

A través de la LO 1/2004 se crea también el *Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que tendrá como principales funciones servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia.*”³⁰

²⁹ MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio integral de la violencia de género*, 2019 pagina 311.

³⁰ Exposición de motivos LO 1/2004

En este mismo título (artículo 31) se incluye el mandato al Gobierno de crear en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. Así como la obligación de crear planes de colaboración (artículo 32) para la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

El Título IV es el relativo al tratamiento penal de la violencia de género. Es en este ámbito en el que la LO 1/2004 proyecta un mayor desarrollo y extensión, pudiendo afirmarse incluso que su regulación es básicamente penal, y cuyo estudio procedemos a desarrollar de forma específica en los epígrafes siguientes del presente trabajo.

Se incorporan tanto tipos penales nuevos como una elevación –endurecimiento- de la respuesta punitiva de la conducta, cuando la misma se lleve a cabo en el contexto de la “violencia de género”. Se reprocha a esta Ley el posible incumplimiento del “principio de intervención mínima” del Derecho Penal, pues se ha elevado a la categoría de delito lo que antes únicamente era constitutivo de una mera “Falta”, o incluso se prevén en la misma como nuevas figuras de delito, conductas que antes no se encontraban tipificadas. Sin embargo, las altas tasas de estos delitos existentes en nuestro país han puesto de manifiesto que estas medidas, lejos de ser excesivas, resultan incluso insuficientes, ya que la violencia de género continúa siendo un problema en ascenso, en nuestra sociedad actual, con alarmantes cifras de la que a menudo se informa en los medios de comunicación.

El Título V, como hemos mencionado, incorpora los aspectos procesales para la efectiva protección de la violencia de género.

A diferencia de lo que ocurría en otros títulos, en los que observábamos existía una gran dispersión normativa, el Capítulo IV del Título V sí que recoge una regulación autónoma y específica de las denominadas medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas”, que remarca “la necesidad de considerar la aplicación de medidas cautelares y la necesidad de considera nuevas medidas de protección y seguridad tendentes a anticiparse preventivamente para una protección efectiva de la víctima”.

También aquí podemos hablar de una clara extensión anticipatoria, en este caso del sistema penal, a partir de medidas cautelares y de seguridad que operan en función de una situación de riesgo y

que suponen una clara medida privativa de derechos.³¹

Estas medidas, además, como señala el artículo 61, son compatibles con “cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales”. Es decir, se añaden a las ya existentes en materia penal las medidas cautelares y de aseguramiento tendentes a la protección efectiva de la víctima de violencia de género. Se incorporan las órdenes de protección, la protección de datos y las limitaciones de publicidad (artículo 63), salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones (artículo 64), suspensión de la patria potestad o de la custodia de menores (artículo 65), suspensión del régimen de visitas (artículo 66), suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (artículo 67). Imponiendo a los jueces el deber expreso de pronunciarse sobre su pertinencia.

“Se trata de formas de prevención terciaria penales y no penales, que deben desplegarse cuando la violencia de género se ha puesto de manifiesto mediante agresiones físicas, verbales o psicológicas o en un contexto de violencia habitual que aflora públicamente, bien porque existe denuncia o a través de los mecanismos sociales e institucionales desarrollados para su prevención y comunicación. La prevención terciaria en parte se apoya directamente en el sistema penal, pero va más allá del mismo y desborda la mera respuesta punitiva- retributiva. La prevención terciaria tiene como objeto reducir o eliminar el riesgo de que se desencadenen nuevas agresiones o que se den nuevos pasos en la espiral de la violencia que suele caracterizar estos procesos llegando a producir graves daños psicológicos o físicos en la víctima o en otras personas de su entorno afectivo o incluso la muerte.”³²

Las mayores innovaciones llevadas a cabo a efectos procesales en la Ley es la creación de los denominados “Juzgados de Violencia de la mujer”. Se trata, siguiendo a J. Muerza, de unos Juzgados de Instrucción especializados, con una demarcación judicial y competencia objetiva, funcional y territorial concreta. Como se señala en la exposición de motivos de la Ley, el legislador ha optado por una especialización dentro del orden penal, de los Juzgados de Instrucción. No se trata de un nuevo orden jurisdiccional sino de un Tribunal especializado por la materia, el cual puede conocer tanto de materias de naturaleza civil como penal (teniendo de hecho “*vis atractiva*” a la hora de conocer sobre los asuntos civiles derivados de asuntos penales incoados por asunto

³¹ MANUEL GARCÍA CALVO *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006, pág. 126

³² MANUEL GARCÍA CALVO *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006, pág. 128

de violencia de género; v.gr., un divorcio derivado o vinculado a una previa denuncia penal por violencia de género en la pareja, que en principio deberá ser conocido también dicho asunto de “Familia” por el citado Órgano judicial especializado en materia de Violencia sobre la Mujer).

Su instauración en un determinado partido judicial dependerá de la carga de trabajo existente en este ámbito, decisión que corresponde adoptar al Consejo General del Poder Judicial previo informe de la Sala de Gobierno.

La ley se encarga además de que todos los funcionarios de justicia reciban la formación necesaria para acabar de manera eficaz con esta lacra social, en concreto el artículo 47 establece: *“El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.”*

Se crea también la específica figura del Fiscal contra la Violencia sobre la mujer, previsto en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; y se reconoce además el derecho de la víctima a la asistencia jurídica gratuita.

Respecto del proceso judicial a seguir no se incorporan demasiadas diferencias, sino que incorpora algunas precisiones en preceptos ya existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 160, 799 bis, 789.5 y 962 LECrim.).

Como podemos observar tras este breve estudio de la Ley 1/2004, han sido muchos los cambios producidos en nuestro Ordenamiento jurídico. La aprobación de una ley para la protección de la víctima de violencia de género supuso una novedad sin parangón en nuestro país, ofreciendo constancia de manera definitiva del problema social que supone la violencia de género. Así como viniendo a constatar la necesidad de dar una respuesta global y efectiva que afecte a todos los ámbitos de la sociedad, frente a dicha lacra. La Ley da una gran importancia a las medidas preventivas, como medio efectivo de adelantarse a las acciones, pero también a la posible reparación del daño ya sufrido.

En definitiva, la LO 1/2004 ha supuesto un profundo avance en materia de igualdad en nuestro país, si bien, como posteriormente pondremos de manifiesto, actualmente se reivindica una profunda reforma de la misma, elaborándose una ley que pueda dar respuesta a la realidad a la que se enfrenta la sociedad española en la nueva década que se abra, avanzado ya este complicado y anónalo 2020.

4. REGULACIÓN PENAL.

En la actual redacción de nuestro Código Penal, y como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2004, se recogen una serie de delitos en los que se tiene en cuenta el *sexu* del autor y de la víctima, bien sea para la configuración del propio tipo o para imponer una consecuencia jurídica más gravosa. En todos estos delitos es necesario además la existencia de una relación presente o pasada de pareja entre los sujetos, con independencia de que exista o haya existido convivencia.

4.1 Delito de maltrato de obra. Artículo 153.1 CP.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2004, se reforma la regulación dada al artículo 153 CP en la Ley 11/2003, para introducir como sujeto pasivo específico a la mujer que sea o haya sido esposa, o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Esta inclusión específica no supuso una novedad en el citado precepto, puesto que el mismo protegía a todas las personas del artículo 173.2 CP, entre las que se encuentra la pareja o expareja. La diferenciación entre ésta y el resto de los sujetos del 173.2 se produce por motivos sancionadores. Permittedose así un incremento de la pena cuando la conducta tenga lugar en el contexto de la violencia de género. De manera que se impone una pena privativa de libertad de 3 meses a un año en el supuesto del 153. 2 CP y de 6 meses a un año en el del 153.1 CP, siendo una diferenciación meramente *subjetiva*.

“El maltrato de obra ocasional tipifica la conducta del sujeto activo –hombre- que por cualquier medio o procedimiento maltrata a la mujer con la que esté o ha estado vinculado por una relación afectiva, haya existido o no convivencia.”³³

En el artículo 153 CP se hace referencia tanto al menoscabo psíquico como a la conducta de violencia constitutiva de lesiones del artículo 147.2 CP, cuando la víctima sea la pareja o expareja. Podemos plantearnos, por lo tanto, qué debe entenderse por “menoscabo psíquico”. Doctrinalmente se ha construido el siguiente concepto: “el perjuicio al bienestar y al equilibrio emocional de la persona que se manifiesta, por ejemplo, en forma de sufrimiento moral o pérdida

³³ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019, Pag 139.

de la autoestima o confianza en uno mismo, trastorno mental o menoscabo a la dignidad de la persona”. Íbidem.

El mismo artículo, sanciona la conducta violenta que produzca como resultado lesiones del artículo 147.2 CP, es decir, aquellas lesiones que no tienen una entidad suficiente para ser constitutivas de delito. De esta manera todo maltrato en el ámbito familiar es delito de acuerdo con el 153 CP, es decir, cualquier maltrato físico no constitutivo de lesiones, es automáticamente delito si se produce en el entorno familiar, además la conducta será agravada en el caso de que se produzca en el ámbito de la violencia de género. En el caso de que dichas lesiones se produjeran con habitualidad estaríamos ante el supuesto regulado en el artículo 173.2 CP.

La principal diferencia por tanto entre el artículo 153.1 y el 147.2, es tanto subjetiva como punitiva. Como hemos señalado, los sujetos activos y pasivos del 153.1 únicamente pueden ser el hombre y la mujer con la que está o ha estado ligado mediante una relación afectiva, y de ahí la mayor penalización de la acción. En el caso del 153.1 CP se castiga con *“pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”* Mientras que el 147.2 únicamente castiga con pena de multa de uno a tres meses.

El tercer apartado del 153 establece la posibilidad de incrementar la pena en su mitad superior cuando los hechos se produzcan en las siguientes circunstancias:

- En presencia de menores, o utilizando armas.
- En el domicilio común o en el domicilio de la víctima.
- Quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

En el apartado 4 se prevé la posibilidad de que el juez pueda imponer la pena inferior en grado *“en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”* razonando en la sentencia.

La razón de su inclusión parece ser la de evitar imponer una pena de excesiva gravedad en aquellos casos en los que, por ejemplo, la conducta se pueda considerar relativamente leve o esporádica, o el hombre no sea un sujeto especialmente violento, ni manifieste un claro comportamiento machista.

Se plantea también la posibilidad de concurrencia de este delito, respecto a los actos de violencia psíquica con otros como podrían ser las coacciones, las amenazas o las detenciones ilegales cuando produzcan lesiones leves. Atendiendo al “principio de especialidad” deberíamos aplicar el artículo 153 CP, que impone una pena mayor al tratarse de un delito básico. Sin embargo, si los mismos no produjeran menoscabo psíquico, debería aplicarse el tipo genérico correspondiente.

4.2 Delito de lesiones agravadas. Artículo 148.4 CP.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2004 se introducen en el artículo 148 CP una serie agravantes al delito de lesiones del artículo 147. Con ello se pretende colmar la laguna legislativa existente con la redacción dada al artículo 153 CP en la Ley 11/2003, que regulaba la violencia ocasional no constitutiva de lesiones, así como la antigua falta de lesiones cuando tuvieran como sujeto pasivo personas con una especial relación afectiva, familiar o doméstica. “Esta laguna evitaba poder sancionar de manera cualificada aquellos supuestos de violencia con un resultado de lesiones graves cuando la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo no fuera alguna de las contempladas en el artículo 23”, cuyo ámbito es inferior al del 173.2.

Con el fin de evitar dicha omisión, se incorporan al artículo 148 CP los siguientes apartados:

“2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

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

La conducta típica, por tanto, es la misma que en delito de lesiones del artículo 147, que es castigada con una pena mayor en el caso de que sea cometido en el seno de una relación de pareja presente o pasada. Sin embargo, dichas agravantes no son de aplicación en aquellos casos en que el resultado sea constitutivo de las lesiones del artículo 149 CP (pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal) y 150 (pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal).

No es comprensible, por tanto, como el legislador ha optado por imponer una pena de mayor gravedad para el caso de que las lesiones menos graves se den en el contexto de la violencia de género, pero no cuando dan lugar a una situación de mayor gravedad.

De esta forma, en el caso de que las acciones llevadas a cabo en el contexto de la violencia de género tengan como resultado unas lesiones de las recogidas en los artículos 149 y 150 CP, estos artículos pasan a ser de aplicación preferente en detrimento del artículo 148 CP.

A diferencia de lo que ocurría en el delito del artículo 153.1 no se produce la aplicación automática de la agravante del 148 cuando se produce en el contexto de la violencia de género, sino que tiene una aplicación potestativa según el tribunal competente valore la acción como determinante de una mayor gravedad.

Es decir, la mera presencia del sujeto activo y pasivo descrito no conlleva a una aplicación directa del artículo 148.4 CP, sino que habrá que atender a la entidad “*del resultado causado o riesgo producido*”. Es necesario, por tanto, tener en consideración las circunstancias del caso concreto para apreciar si el resultado causado con la acción o el riesgo producido con la misma es merecedor de una mayor punibilidad, no siendo suficiente la mera presencia del elemento subjetivo. Se concede por tanto un amplio margen de discrecionalidad al juez, abarcando un ámbito que, desde algunos sectores, se aboga es competencia del legislador.

Por otra parte, hay que señalar que el campo de sujetos pasivos es menor que en el artículo 153, con la actual regulación del artículo 148, la agravante podría aplicarse a la pareja o expareja con independencia de una convivencia en común, sin embargo, solo podría aplicarse a aquellas a los hijos que convivieran con el agresor, de manera que quedarían desprotegidos los que no convivan. Si bien es cierto que en el numeral 3º del art. 148 CP se incorpora una agravante para cuando la víctima fuera menor de 12 años sin que tenga que existir convivencia con el autor, quedando igualmente desprotegidos los hijos mayores de dicha edad, que podrían ser igualmente menores de edad, que no convivieran con el agresor. Debemos señalar, sin embargo, que al no convivir, la necesidad de protección se relaja, pues este tipo de conductas o ataques se dan sobre todo propiciados en el ámbito de la convivencia familiar, siendo por ello, la necesidad de protección penal del menor cuando no haya convivencia, lo que, en efecto, no implica la total desprotección, pudiendo recibir una protección penal a través de figuras delictivas genéricas del CP como lesiones, amenazas, vejaciones etc.

Otro de los problemas que pueden plantearse respecto al tipo que estamos analizando es su relación con el artículo 173.2. Es decir, se plantea la duda en aquellos supuestos en los que el ejercicio de violencia habitual recogido en el artículo 173 es ejercida sobre alguno de los sujetos del 148.4 y 5 y tiene como resultado unas lesiones constitutivas del tipo básico. Podemos afirmar que sí que resultan compatibles ambos tipos, ya que “estamos hablando de bienes jurídicos distintos entre sí: integridad moral e integridad física. Siendo esto así, cabría perfectamente

sancionar por un tipo de lesiones cualificado y por un delito contra la integridad moral también cualificado.”³⁴ Por ello habría que aplicar un concurso ideal de delitos entre el art 173.2 y el 148.4.

Se plantea también, la posible incompatibilidad entre el artículo 148.4 y la agravante de parentesco del artículo 23 CP, al incurrir en un posible caso de conculcación del principio de *non bis in idem*. El artículo 23 incluye entre los parientes la pareja y expareja, pero se la excluye en los supuestos en que no exista convivencia. Como he reiterado a lo largo del trabajo, la agravación de la pena en estos delitos se produce por considerar más reprochable la conducta del autor cuando la violencia es ejercida sobre una persona con la que tuviera una especial relación, en algunas ocasiones dicho nexo de especial unión puede deberse al parentesco, pero no tiene por qué ser siempre así. Por ello, podemos concluir que la circunstancia del art. 23 CP de parentesco no sería compatible con el tipo ya agravado del 148.4, salvo que no haya existido convivencia.

Sin embargo, debemos señalar que en la medida en que la modalidad del 148.8 ya prevé entre sus elementos necesariamente la existencia de la especial relación entre víctima y autor, no se podrá aplicar la circunstancia mixta de parentesco como adicional circunstancia agravante, pues ello supondría vulnerar el antes citado principio penal de *non bis in idem*.

4.3 Delito de amenazas leves del artículo 171.4 CP y coacciones leves del 172.2 CP.

4.3.1 Delito de amenazas leves:

La reforma dada al delito de amenazas es de estructura muy similar a la del artículo 153. Se introducen en el art. 171 CP estos tres apartados:

“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo,

³⁴ JULIO MUERZA ESPARZA, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral Contra la Violencia de Género*, 2005

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

La conducta típica, por tanto, consistiría en amenazar leve a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Siguiendo la doctrina de la Fiscalía General del Estado marcada en la circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, “se tipifica en todo caso como delito cualquier amenaza leve, con o sin arma, cuando la víctima sea la mujer en el marco de la relación de pareja antes descrito o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

Por tanto, sigue una sistemática similar a la del artículo 153, imponiendo una pena más grave al que amenazare de modo leve a su pareja o expareja, o a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En un principio el legislador, dejó al margen al resto de sujetos del artículo 173.2 que fueron incluidos a través de la Ley 1/2015 en el último apartado del precepto con una pena inferior.

En el caso de que los hechos se cometan respecto de las personas del artículo 173.2. –cónyuge o persona unida con análoga relación de afectividad, o persona necesitada de especial protección, cuando la conducta se cometa con uso de armas, se aplicará una pena más grave que la del art. 171 CP, concretamente la pena superior en grado a la prevista por el art. 173.1 CP (prisión de 6 meses a 3 años), es decir, de 3 años y un día a 4 años y medio de prisión). Es decir, que se agrava la pena cuando las amenazas leves se llevan a cabo sin el uso de armas u otros instrumentos peligrosos, pero no si se ejecutan sin los mimos. En todo caso, la pena del 171.4 CP -al ser respecto del cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad, incluso ya finalizada la relación y con o sin convivencia- es mayor que la del art. 171.5 CP, pese a no exigir el uso de armas o medios especialmente peligrosos para esas concretas personas, a las que sin duda el legislador penal, por su condición, concede especial protección penal.

A pesar de que el Código Penal, en su artículo 171.4 no hace referencia expresa a dicha conducta peligrosa, debemos entender que se encuentra incluida en su ámbito de aplicación siempre y cuando la conducta pueda calificarse de amenaza leve, ya que el legislador considera que al tratarse de personas dotadas de especial relevancia en el ámbito de la violencia doméstica y/o de género, entre ellos el cónyuge o la pareja, decide elevar y endurecer la respuesta penal ante cualquier ataque a la misma, incluso mediante una mera amenaza leve, que antes constituía una mera “Falta” y ahora, derogadas del CP las “Faltas”, tal concreta conducta queda eleva a delito.

Si la amenaza fuera de tal entidad que pudiera considerarse como grave, en aplicación del principio de especialidad que rige en nuestro Derecho Penal, sería de aplicación el artículo 169 o el artículo 171 CP en sus apdos. 1, 2 y 3, y en su caso la agravante de parentesco del art. 23 CP o la de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP.

De manera que las amenazas leves recogidas en el art. 171.4 son castigadas con *“la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”*; mientras que el apartado 5 impone *“pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis”*.

Se establecen las mismas circunstancias agravantes del art. 153, excepto la de utilización de armas u otros instrumentos peligrosos que, como acabamos de ver, se regula de una manera específica por tratarse del delito de amenazas. De la misma manera que en el artículo mencionado, se permite una modulación de la pena por el juez en atención a las circunstancias concurrentes en la ejecución del delito y del autor.

4.3.2 Delito de coacciones leves:

El legislador ha llevado a cabo un tratamiento paralelo, o muy similar para los delitos de coacciones y amenazas leves. Así, el art. 172.2 CP castiga la conducta consistente en: *“de forma leve compeler a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, o en impedirle con violencia hacer lo que la ley no le prohíbe, y tal conducta se perpetra contra quien fuera o hubiera sido esposa, mujer con la que estuviera o hubiera estado ligado por relación de análoga afectividad, aun sin convivencia”*, con una respuesta penal específica coincidente con el delito de amenazas leves.

De nuevo, en realidad lo que hace en este caso el legislador penal, más bien, es elevar o endurecer la pena para los casos en que la víctima sea la esposa del agresor, pareja o expareja., incluso pese a que la amenaza en este caso sea “leve”, que de este modo se eleva de lo que en su día era una mera “Falta” contra las personas del Libro III CP, a pasar a constituir delito.

Se incluyen además las mimas agravantes en el caso de presencia de menores, se cometa en el domicilio común o en el de la víctima o se realice incumpliendo pena o medida de seguridad impuesta. Así mismo se recoge una pena más atenuada para cuando las circunstancias del caso o del autor lo requieran, según la apreciación del juez.

4.4 Delito de violencia de género y maltrato doméstico habitual. Artículo 173.2 CP.

“El delito de maltrato habitual no puede considerarse un tipo penal circunscrito a la violencia de género, por cuanto se trata precisamente de uno de los tipos paradigmáticos de la “violencia doméstica”, y por ello su radio de acción es más amplio que el que determina la violencia producida por un varón sobre una mujer. Sin embargo, su presencia en el Código penal resulta de suma importancia para la persecución y castigo del maltrato que se prolonga en el tiempo y que inflige un hombre sobre la que es o ha sido su pareja.”³⁵

A diferencia de los delitos analizados hasta el momento, cuyo bien jurídico protegido era la integridad o la salud física y psíquica de la víctima, en el artículo 173 CP se trata de proteger la llamada “integridad moral”, entendida como la *dignidad* de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito familiar, protegiéndose de esta forma la paz en el núcleo familiar” íbidem.

La conducta típica que conduce a una mayor reprochabilidad de la acción, se caracteriza por dos factores:

- La existencia de un nexo de unión entre autor o víctima, que puede ser familiar, personal o doméstico.
- La habitualidad con la que se producen los actos, creando en el sujeto pasivo una situación de miedo, e inseguridad.

Respecto del primero de los requisitos señalados, como he mencionado anteriormente, se trata de un delito que a diferencia de los anteriores no se circunscribe exclusivamente al ámbito de la violencia de género, lo cual no quiere decir que no pueda producirse en el mismo. El art. 173.2 CP se reserva para estos casos de trato degradante o vejatorio “habitual” tanto frente al cónyuge, pareja, expareja (violencia de género) como respecto de otras personas que convivan con el agresor

³⁵ ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019 Pag 142.

y sean especialmente vulnerables o necesiten especial protección (la llamada violencia doméstica o familiar), y sufran la violencia física o psíquica con carácter “habitual” por parte del agresor.

Así pues, en efecto, el abanico de sujetos que puede ocupar la posición de autor o víctima es más amplio que los sujetos pasivos de la estrictamente denominada “violencia de género”, aunque en todo caso siempre tendrá que existir entre ellos una relación de pareja, de familia o de unidad de convivencia. En el propio precepto se incluye una lista de las personas que pueden ocupar la posición de sujeto pasivo del delito de violencia de género y/o doméstica de carácter *habitual*:

- El cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia.
- Los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- Los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- Las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.
- Las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La segunda característica que sirve para perfilar el delito es la “habitualidad” en las conductas de maltrato. El concepto de “*habitualidad*” nos lo proporciona el propio art. 173 en su apdo. 3, cuando establece: “*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*”

Como podemos apreciar el artículo no despeja demasiado las dudas sobre qué debemos entender por habitualidad, en tanto que no precisa cuántos actos deben cometerse ni el tiempo que debe transcurrir entre ellos. Ha sido la jurisprudencia la que, tras una larga evolución, ha establecido que “lo realmente importante es que la repetición suponga una permanencia en el trato violento, de forma que la violencia esté presente en la vida de la víctima o de las víctimas, y tomando para ello en consideración los distintos actos que el sujeto inflige sobre sujetos

pasivos diversos³⁶. Es decir, será necesario que el autor lleve a cabo dichos actos de violencia de manera que genere en la víctima una sensación de miedo, inferioridad o inseguridad de manera permanente.

Además, es indiferente que los actos de violencia se lleven a cabo sobre el mismo o diferentes sujetos dentro del núcleo familiar, lo que importa es el carácter reiterado del ejercicio de la violencia creando en el núcleo familiar una situación de miedo y subordinación.

Otro de los grandes problemas jurisprudenciales que se plantean respecto a este delito es si es necesario para apreciar la habitualidad que los hechos anteriores hayan sido objeto de juicio y si es necesario que los mismos no hayan prescrito en caso de haber sido juzgados. La jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a la conclusión de que no es necesario que hayan sido probados en la propia sentencia todos los actos que constituyan la habitualidad, de modo que podrían invocarse incluso episodios de violencia no denunciados, o no juzgados, que eso sí, habrán de poderse acreditar suficientemente por ejemplo a través de una sólida declaración judicial de la víctima, ni tampoco es necesario que hayan existido sentencias previas en las que se declaren probados.

Supuesto distinto sería que los hechos ya hubieran sido denunciados y juzgados, habiendo quedado el acusado absuelto de ellos, en cuyo caso el principio de “*cosa juzgada*” impediría volver a invocar hechos pasados, por los que ya se juzgó y absolvió al denunciado.

4.5 Delito de injurias y vejaciones leves. Artículo 173.4.

Tras la desaparición de las faltas del Código Penal con la reforma 1/2005, se incorpora en el apdo.4º del artículo 173 el delito de injurias y vejaciones leves, cuya conducta típica consiste en causar injurias y vejaciones leves siempre que las mismas se produzcan en el contexto de la violencia de género; de modo que, para que la acción sea punible, será necesario que sea ejercitada por el hombre sobre la mujer que es o fue su pareja. Si no se diera dicho requisito estaría sometido únicamente a responsabilidad de carácter civil -y no penal-. Se trata de acciones de violentas de escasa entidad, como expresiones ligeramente ofensivas.

³⁶ ANA GIMÉNEZ COSTA, *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar* 2019 Pag 144.

De nuevo, en este caso, por la especial condición de la víctima, el legislador penal eleva a la categoría de “delito” lo que antes era una mera “Falta” (que se encuentra ahora despenalizado respecto de personas comunes que no sean las comprendidas en el ámbito de la violencia de género, tal como dispone el art. 208 CP dentro del delito de “injurias” -contra el honor-, que reserva la respuesta penal sólo a las que sean tenidas por “graves”, debiendo por ello en el caso de los ataques “leves” acudir el agraviado a la vía civil para pedir amparo judicial y en su caso el debido resarcimiento); con la indicada salvedad, cuando, como se ha indicado, la víctima se trate de los sujetos de la “violencia de género”, que sí quedarán cubiertos por la modalidad delictiva del art. 173.4 CP (sí considerada en este excepcional caso como “delito”).

Se castiga con una pena de localización permanente de cinco a treinta días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de cuatro meses.

4.6 El quebrantamiento de condena. Artículo 468 CP.

Con la publicación de la LOPVG se da un nuevo tratamiento al delito de quebrantamiento de condena. Debemos tener en cuenta que al igual que el delito de maltrato habitual no es un delito que pueda cometerse exclusivamente en el ámbito de la violencia de género, sino que también se aplica en el contexto doméstico. Ubicándose dentro de los denominados “Delitos contra la Administración de Justicia”.

El primer apartado del artículo 468, castiga a *“los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. “Recoge de esta forma la regla general de prohibición de quebrantamiento de condena.*

En el apdo. 2º se establece un tipo específico atendiendo a la pena o medida infringida, y con una pena de mayor gravedad: *“Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”*

Con la reforma de 2015 se introduce una modificación en el apdo. 3º cuya redacción actual es la siguiente: *“Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo*

u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.”

Se sanciona la manipulación, la inutilización, la falta de porte o el mal uso de los dispositivos destinados a supervisar el cumplimiento de penas o medidas de alejamiento aplicadas en el ámbito de la violencia de género cuando el juez haya acordado el que el control se realice mediante tales medios electrónicos.

Uno de los grandes problemas interpretativos que ha conllevado este delito es si también debe penalizarse cuando la manipulación, inutilización o falta de porte o el mal uso de los dispositivos no ha ido subseguido de un acercamiento o contacto con la víctima, de forma que no se haya generado riesgo alguno para la misma.

Dichas dudas fueron resueltas a través de la circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, en la cual se declaró su eventual apreciación, en el caso que hemos detallado, como un “delito de desobediencia”, en lugar de un “delito contra la Administración de Justicia”; ya que el dispositivo telemático es un mecanismo utilizado para la correcta ejecución de la pena o medida de seguridad, y en este caso no se había intentado entrar en contacto con la víctima atentando contra su vida o integridad física o moral.

Enfocado desde el prisma de la protección ofrecida a los bienes jurídicos de la víctima, podríamos considerar que, en este caso, sucede que en realidad se vienen a configurar estas conductas como delitos de peligro “abstracto” (frente a los llamados delitos de peligro “concreto”), en que se anticipan las barreras de protección del tipo penal, y se castiga el mero hecho de sustraerse el sujeto activo a la acción tuitiva de dichos mecanismos de control, sin necesidad de que se llegue a producir el efectivo menoscabo de los bienes protegidos de la víctima, al estimarse que tal conducta de sustracción al control de los dispositivos genera por sí misma un potencial peligro para la víctima, aumentando la posibilidad de llegar a sufrir el eventual menoscabo de su vida o integridad, lo que justificaría la respuesta penal, como mero delito de peligro “abstracto” –reiteramos-.

4.7 Cuestiones procesales penales: perdón del ofendido, dispensa y derecho a no declarar.

La dispensa de no declarar se encuentra enunciada en la Constitución española en el artículo 24.2, que establece: *“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

De manera que se otorga al legislador la posibilidad de ampliar el número de estos sujetos, pero sin la posibilidad de llevar a cabo una supresión del secreto profesional y el parentesco. Dicha misión se ha llevado a través del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El fundamento o fin de esta dispensa, siguiendo a Alcalá Pérez Flores, se encontraría en el *principio de no exigibilidad* de una conducta diversa a guardar silencio, bien en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. Se concibe para la protección del testigo pariente, en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por razones personales y familiares.

Se ha llegado a afirmar, recientemente, que la dispensa al deber de declarar tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática y ello en base a que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso.³⁷

Se plantea pues la problemática de aplicar esta dispensa en los delitos de violencia de género, en los que debemos tener en cuenta que siempre se da la condición de testigo-víctima, además del carácter especialmente sensible de la conducta reprochable. Se trata de delitos en los que el problema de la prueba se torna difícil ya que generalmente se producen en el ámbito doméstico, privado en el que solo se encuentran presentes el autor y la víctima.

Se impone el deber de informar a la víctima sobre la existencia de dicho derecho, en fase prejudicial y en la sede del Juzgado instructor. La omisión de esta información supone la nulidad de las declaraciones llevadas a cabo por la mujer antes de haber sido informada de su derecho a no declarar.

Surgieron dudas acerca de la interpretación del art. 416 LECrim., en base al deber de declarar de los familiares en estos casos, que fueron resueltas por el Tribunal Supremo en el acuerdo del Pleno de fecha de 24 de abril de 2013, en la que establece:

“La exención de la obligación de declarar previstas en el art. 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

³⁷ RAFAEL ALCALÁ FLORES *La dispensa del deber de declarar de la víctima de Violencia de Género: interpretación jurisprudencial*, 2009 página 2

a/ *La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la sustitución análoga de afecto.*

b/ *Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.*³⁸”

Siguiendo a Cristina Ruiz López, excepcionar la dispensa de no declarar del art. 416 LEcrim. en casos de violencia de género, conlleva consecuencias jurídicas perjudiciales para la mujer víctima de esta violencia, obligada a declarar que no quiera o no pueda hacerlo. Esta medida no resulta beneficiosa en aquellos casos en los que la víctima se ve obligada declarar en el juicio contra su agresor, deciden cambiar su declaración y no reconocer su agresión, se puede pensar que ha habido una denuncia falsa.”³⁹

Además, dota a estos delitos de un carácter privado o semiprivado, a pesar de su tratamiento como delitos públicos tanto desde el Código Civil como desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde diversos sectores se plantea la necesidad de suprimir o modificar la regulación actual de la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género, en consonancia con el artículo 1.3 LO 1/2004. Estas críticas encuentran su fundamento siguiendo a Alcalá-Flores en que las estadísticas judiciales de los últimos años muestran cómo numerosos procedimientos judiciales tramitados por episodios de violencia de género terminan sin condena, por acogerse a la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim., al carecer el juzgador de otros instrumentos incriminatorios contra los presuntos autores. Así, la Memoria de 2008 de la Fiscalía General del Estado muestra como el 44% de las retiradas de acusación tienen su causa en la decisión de la víctima de acogerse a la dispensa de no declarar.

Por otra parte, debemos destacar el denominado “perdón del ofendido”. Se plantea en nuestro sistema jurídico como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal y encuentra su encaje legislativo en el art. 130.5 CP.

Únicamente es posible esta causa de exención de la responsabilidad criminal en aquellos delitos perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado, y cuando la ley prevea expresamente tal efecto para el perdón.

³⁸ Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de abril del 2013

³⁹ CRISTINA RUIZ LÓPEZ. *La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas*, 2015, página 12.

Existen algunos delitos fuera del alcance del perdón del ofendido, como son las agresiones sexuales y otros como los delitos contra menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, en los que el Ministerio Fiscal puede rechazar la eficacia del perdón.

En materia de violencia de género es de destacar la jurisprudencia marcada en la Sentencia n° 195/2017, de 24 de marzo, y la Sentencia n° 809/ 2016, de 28 de octubre, según la cual en el delito de lesiones leves del art. 147.2 CP se exige denuncia de la persona agraviada.

5. SANCIONES PENALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Antes de proceder al análisis de las distintas respuestas penales que nuestro Ordenamiento jurídico contempla en materia de violencia de género, debemos tener en cuenta que se trata de una categoría de delitos muy ligados al valor “dignidad de la persona”, y que suponen por consiguiente un ataque directo y grave contra los derechos humanos de la víctima, en su conjunto. Además, el índice de reincidencia de los autores de este tipo de delitos es preocupantemente elevado, viéndose favorecido por el nexo de unión existente entre los sujetos.

5.1 Pena de prisión

Al analizar los distintos delitos que engloban el marco penal de la violencia de género y/o doméstica veíamos como algunos de ellos llevaban aparejadas penas de prisión. A pesar de que se trate de tipos penales que reciben la calificación de menos graves.

Se da cumplimiento así tanto a la función preventivo general como a la preventivo especial de las penas. Es decir, por medio de la imposición de este tipo de penas siguiendo a Cerezo se intenta mediante la amenaza que representan disuadir a los ciudadanos de cometer este tipo de delitos, y, por otro lado, la prevención especial busca mediante la readaptación, corrección o inocuización de quien ya delinquiró evitando que lo haga de nuevo.⁴⁰

En la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2004, se justifica este incremento de las penas como muestra de firmeza de cara a la ciudadanía y en especial a las mujeres, tanto en su conjunto,

⁴⁰GABRIEL BERNAL CASTILLO, *El tratamiento de la violencia de género en el Código Penal. Consideraciones político-criminales*, 2013, página 11

como aquéllas que en concreto son víctimas de violencia de género, se manda pues un mensaje a la sociedad de la necesidad de erradicar con esta lacra social.

Se han sostenido la tesis, en algunos sectores, de que el endurecimiento de las penas ha sido manifestación de un “populismo punitivo”, pretendiendo con ello dar una satisfacción a la víctima como consecuencia del emergente movimiento feminista, y no tanto cumplir con los fines de las penas propios de un Estado Social y Democrático como el nuestro, tachando en definitiva a la respuesta penal de excesiva e ineficaz.

Ante ello, debemos sostener que el endurecimiento de las penas no es de excesiva significación, así por ejemplo en el caso de las lesiones leves el límite mínimo es el mismo, incrementándose solo respecto al máximo. Además, como ya hemos mencionado en la mayoría de los delitos se incorpora un apartado que autoriza al juez a moderar la pena entendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es decir, la Ley lejos de dar una satisfacción concreta al movimiento feminista “pretende con el endurecimiento de la pena de prisión contribuir a la construcción de un espacio de confianza para el ejercicio de los bienes y valores jurídicos tutelados.”⁴¹

Nada impide pues, siempre que se tenga como prioridad el carácter reinsertador de las penas que preceptúa nuestra Carta Magna, que el legislador opte porque “las penas se orienten primordialmente a la prevención de futuras situaciones de riesgo sobre la misma u otras potenciales víctimas. Antes, al contrario, en materia de violencia de género es probablemente más patente que en otros sectores de criminalidad, la oportunidad de esa función y finalidad; precisamente por la singularidad del contexto personal en que se produce el hecho y los complejos factores que explican la violencia.”⁴²

Además, debemos tener en cuenta que estos delitos son cometidos en el seno de una presente o pasada relación de pareja, lo que da lugar a una mayor vulnerabilidad de la víctima. Y de ahí el énfasis de nuestro Ordenamiento de proteger a la mujer.

La imposición de una pena de esta naturaleza no impide que, durante el cumplimiento de la misma se aplique una prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima. Es decir, se trata de evitar cualquier tipo de contacto entre los sujetos, lo que incluye la prohibición de llamadas telefónicas, las visitas en el propio centro, y en el caso de que el penado disponga de permisos de

⁴¹ GABRIEL BERNAL CASTILLO, *El tratamiento de la violencia de género en el Código Penal. Consideraciones político-criminales*, 2013, página 13

⁴² GABRIEL BERNAL CASTILLO, *El tratamiento de la violencia de género en el Código Penal. Consideraciones político-criminales*, 2013, página 13

salida o tercer grado la imposibilidad de aproximarse o comunicarse por cualquier medio a la víctima como posteriormente analizaremos.

Respecto de la eficacia de la pena privativa de libertad para evitar la comisión de este tipo de delitos es más dudosa. Es cierto que se ha reducido considerablemente el número de estos ataques tras la entrada en vigor de la ley, si bien, las cifras señalan como sigue existiendo un elevado número de casos, sobre todo de carácter reincidente. Por ende, deberíamos plantearnos si realmente se está llevando a cabo un correcto tratamiento del penado orientado a su reinserción en la sociedad. Aunque lo que sí que está claro es que por medio de esta sanción penal se protege íntegramente a la víctima y a sus familiares frente a posibles ataques del agresor, función de carácter primordial en este tipo de delitos.

5.2 Localización permanente

La pena de localización permanente es de escasa significación en nuestro sistema penal tras la reforma sufrida en 2015. De esta manera ha quedado circunscrita únicamente a tres delitos:

- Las amenazas leves (171.7 CP)
- Las coacciones leves (172.3 CP)
- Las injurias (173.4 CP)

Esta pena se encuadra dentro de los delitos de violencia de género o doméstica. Además, su importancia se ve mermada pues se establece con carácter alternativo a una pena de multa, o pena de trabajos en beneficio de la comunidad, de manera, que será el juez atendiendo a su fiel criterio el que determine la pena más adecuada al caso concreto. No existe en la actualidad la posibilidad de llevar a cabo su cumplimiento en centro penitenciario, ni tampoco, como es lógico, en el domicilio común de la víctima.

Se trata de una pena leve, que si bien es cierto tiene la capacidad de alejar al agresor de su víctima que en delitos de violencia de género puede ser sin duda realmente interesante, lo cierto es que carece de todo efecto reinsertor, ya que no lleva pareja ningún tipo de tratamiento.

Tampoco parece tener efecto intimidatorio alguno, ni para el reo concreto ni para la sociedad en su conjunto. Si bien, la misma sería interesante si pudiera compaginarse con algún tipo de tratamiento para orientar la conducta del penado, de cara a la posible comisión de futuros delitos y reinserción del mismo en la sociedad, pues como hemos comentado sí que permite una eficaz protección de la víctima siempre y cuando el penado cumpla con todas las garantías.

5.3 Suspensión de la pena privativa de libertad.

La suspensión de la pena privativa de libertad que se encuentra regulada en los artículos 80 y siguientes de nuestro Código Penal, y es de aplicación también a los delitos de violencia de género. Es necesario para que dicha suspensión se produzca la concurrencia de los siguientes requisitos:

- El reo debe haber delinuido por primera vez: sin embargo, no se tienen en cuenta las condenas por delitos leves o imprudentes, ni los que no sean determinantes para valorar la probabilidad de comisión de otros delitos en el futuro. Tampoco se tienen en cuenta los antecedentes cancelados.
- La suma de las penas ha de ser inferior a dos años.
- El condenado tiene que haber satisfecho las responsabilidades civiles y el decomiso, o al menos, comprometerse a su cumplimiento.

Se establece además una suspensión excepcional de la pena. De manera que, sin que sea necesario el cumplimiento de los dos primeros requisitos que acabamos de señalar, es posible la suspensión de la pena supeditada a la satisfacción efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio causado. Siempre y cuando las penas de prisión individualmente no superen los dos años.

Debemos tener en cuenta que, dada la naturaleza de los delitos que estamos analizando, la LO 1/2004 prohíbe la mediación para la resolución de conflictos de violencia de género, por lo tanto, no es aplicable en estos casos la medida del 84.1 para la sustitución de la pena.

Respecto de la medida del numeral 2º del art. 84 CP, es decir, la pena de multa, únicamente se podrá imponer, en el contexto de la violencia de género, en aquellos casos en los que no existen relaciones económicas derivadas de su matrimonio, de convivencia, filiación ni cuando existan hijos comunes. Por lo tanto, lo más acertado resulta la aplicación de la tercera medida de servicios en beneficio de la comunidad.

La suspensión de la pena privativa de libertad será de dos a cinco años para las penas no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves.

En el artículo 83, se abre la posibilidad de que el juez subordine la suspensión de la pena al cumplimiento de algunos deberes y obligaciones recogidos en el mismo. En el caso de delitos de violencia de género, deben imponerse las normas de los números 1, 4 y 6 del art. 86 CP que establecen:

“1. Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

4. Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

6. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.”

Con las dos primeras medidas de lo que se trata fundamentalmente es de proteger a la víctima, prohibiendo cualquier posible contacto entre los sujetos del delito. Realmente interesante resulta el último apartado mencionado, es decir, la participación en programas formativos, en este caso de educación sexual u otros similares. La ley, en su artículo 42. también prevé programas terapéuticos para internos que se encuentran cumpliendo condena en un centro penitenciario. En último término de lo que se trata es de reeducar al penado dándole las herramientas necesarias para poder vivir en sociedad. Como señala la doctrina: “estos programas suponen una apuesta por la terapia del agresor que repercuten en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir, al menos en alguna medida, el alto riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delitos.”⁴³

“A lo largo del programa se trabajan áreas relacionadas con el poder y control del agresor, los sistemas de valores y creencias, el rol del hombre y la mujer, los mecanismos de defensa empleados, las habilidades sociales y asertividad, el control y regulación emocional.”⁴⁴

Para que estos programas resulten eficaces, siguiendo a Echeburúa, el penado debe cumplir estos objetivos:

- Reconocer el maltrato.
- Asumir la violencia ejercida.
- Mostrar una intención mínima de cambio en su comportamiento

⁴³ GABRIEL BERNAL CASTILLO, *El tratamiento de la Violencia de Género en el Código Penal español. Consideraciones político-criminales*, 2013, página 14

⁴⁴ ANA GIMENEZ COSTA, *Las respuestas del derecho a la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, pág. 159.

Sin embargo, resulta dudosa su eficacia desde el momento en que se condiciona la obtención de determinados beneficios penitenciarios o incluso de la suspensión de la pena al seguimiento de estos programas, pues el penado, en la mayoría de las ocasiones está motivado por la obtención de estas ventajas, y no realmente por un ánimo rehabilitador y de reconocimiento de la conducta delictiva. Es decir, desde el momento en que su aplicación resulta imperativa, y no tanto de la voluntad del penado pierde su eficacia terapéutica.

Es interesante el cambio legislativo incorporado en el art. 84.2 CP al referirse a “delitos cometidos sobre la mujer”, parece ser que el mismo hace referencia a todo tipo de delitos cometidos por un hombre sobre una mujer. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que estas medidas solo serán obligatorias en el contexto de la violencia de género, es decir, cuando la conducta típica sea cometida por un hombre sobre una mujer que sea su pareja o expareja. En el resto de los supuestos no será necesaria la aplicación de dichas medidas, siendo de apreciación por el juez su necesidad o no en el caso concreto. De nuevo, se pone de manifiesto las reivindicaciones de ampliar el concepto de violencia de género en los términos ya señalados, pues en muchas ocasiones se deja desprotegido a un colectivo de mujeres por el hecho de no tener una relación afectiva con su agresor, a pesar de ser, la conducta violenta de igual envergadura

5.4 Prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima.

En el art. 84 de nuestro Código Penal se regula la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima, que es catalogada como una pena privativa de libertad y aplicable, entre otros, a los delitos de violencia de género como dispone el art. 57. Se trata de una pena accesoria, cuya función principal es la protección de la víctima y sus familiares. En este artículo se establecen diferentes prohibiciones relativas a libre circulación del penado.

En el apartado uno, se articula la prohibición de residencia en determinados lugares, así como de acudir a los mismos, dirigirse al lugar de comisión del delito o aquel en que resida la víctima o su familia.

En el apartado 2 se priva al penado del derecho de aproximarse a la víctima o aquellas personas que el juez determine, lo cual *“impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”*

Y, por último, el apartado 3 recoge la prohibición de comunicación con la víctima o aquellas personas que el juez determine, impidiendo “*al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.*”.

Siguiendo la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 60/2010, de 7 de octubre, esta pena es privativa de derechos, supone una restricción de los derechos fundamentales a la libertad de residencia y libre circulación; no así al derecho a la intimidad. Por otra parte, es una pena accesoria *sui generis*, pues no se contempla en función de otras penas, sino subordinada a determinados delitos.

Respecto a la duración de estas penas, será inferior a cinco años en el caso de delitos menos graves e inferior a diez si fueran graves. Pero, como ya hemos señalado, es posible la imposición de estas penas conjuntamente con una privativa de libertad que se cumplirán de manera simultánea. En este caso la duración será de un tiempo superior entre uno a diez años a la condena impuesta para los delitos graves, y de entre uno y cinco años si fuera menos grave.

En principio, la aplicación de estas medidas es facultativa para el juez, sin embargo, el apdo. 2 del art. 57 CP impone la aplicación de la prohibición de aproximación con carácter obligatorio en los delitos de violencia de género.

Ante esto se presentaron diversas dudas sobre la constitucional de una pena impuesta de esta manera. Por un lado, se plantea la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el principio de personalidad de las penas del artículo 25 CE, ya que” la proyección de los efectos de la pena sobre la propia víctima por su bilateralidad y la prescindencia de la voluntad de ella en la decisión sobre su imposición.”⁴⁵ Y por otro lado, el principio de proporcionalidad de las penas del artículo 25.1 CE y las libertades de residencia y circulación del artículo 9 CE.

Dichas dudas fueron disipadas por el Tribunal Constitucional: respecto a la posible violación del principio de personalidad de las penas, confirma su constitucional afirmando en Sentencia de 7 de octubre de 2010 (STC 60/2010) la diferencia entre los efectos propios -por directos e inmediatos- de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos -que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos- que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto

⁴⁵ GABRIEL BERNAL CASTILLO, *El tratamiento de la violencia de género en el Código Penal español. Consideraciones político-criminales*, 2013, página 20

del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. De esta manera los efectos de la pena sobre la víctima no quedan circunscrita a la esfera constitucional, sino que debe entenderse desde la perspectiva de política criminal.

Respecto del cumplimiento del principio de proporcionalidad, en la misma Sentencia, el TC establece que la aplicación imperativa de la pena responde a una finalidad preventivo-general dejando en un segundo plano la protección de la víctima. Es decir, la finalidad de la pena no debe buscarse únicamente en una protección de la víctima, o una disminución del riesgo de reincidencia, sino en otros bienes jurídicos constitucionales relativos a los tipos a los que afecta esta pena.

5.5 Privación de patria potestad e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento.

En el art. 46 CP se regula la pena de privación de patria potestad e inhabilitación para el ejercicio de la misma, de la tutela, curatela guarda y acogimiento. Se trata de una pena de carácter accesorio en los delitos de violencia de género. Para que puede aplicarse, siguiendo los arts. 55 y 56 CP, deben cumplirse estos requisitos:

- La imposición de una pena privativa de libertad de carácter principal.
- Que los derechos de patria potestad hubieran tenido relación directa con la comisión de los hechos.
- Que dicha relación directa se encuentre expresamente determinada en la Sentencia.

Conforme al art. 46 CP esta pena consiste en: *“privar al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.”*

Nuestro Código prevé esta pena con carácter principal para los delitos de maltrato ocasional (153 CP), amenazas leves (171.1 y 5 CP), coacciones leves (172.2 CP), maltrato habitual (192 CP), pero también para los delitos de mutilación genital femenina (149 CP) y delitos sexuales (192 CP).

La razón de ser de esta pena, sobre todo como hemos visto por su especial vinculación con los delitos de violencia de género, se encuentra en la necesidad de protección de los menores, al tratarse conductas violentas que generalmente se llevan a cabo en el ámbito doméstico, generándose en los hijos también sensación de miedo e inseguridad. De ahí, que también se imponga como agravante la ejecución de los hechos en presencia de menores.

“Según el informe de la Fiscalía del año 2019, del total de 62 Sentencias condenatorias dictadas en relación a los delitos contra la vida, se han constatado que en 16 ocasiones las víctimas tenían hijos o hijas menores comunes con el agresor. De ellas, en 11 casos se impuso al condenado la pena de privación de patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de ese derecho. En una más se solicitó, pero no se otorgó. En el resto de los casos no se solicitó esta concreta pena accesoria, pero se impuso la medida de alejamiento respecto de los menores”⁴⁶

Por lo tanto, al tratarse de delitos del ámbito familiar y de carácter violento, se hace necesario en la mayoría de las ocasiones imponer esta pena privativa de derechos al agresor, cuyo fin es proteger tanto a los menores como a la propia víctima.

6. VIOLENCIA DE GÉNERO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. VIOLENCIA DE GÉNERO EN REDES SOCIALES.

Finalizamos nuestro estudio con un análisis del fenómeno de la violencia de género a la luz de las nuevas tecnologías, entre ellas en el uso cada vez más intenso y generalizado que se hace de las llamadas “redes sociales”, como factor que incide de lleno en este tipo de delito.

En efecto, la sociedad actual se ha visto enormemente afectada por las denominadas TICS, tecnologías de la información y la comunicación, lo que ha provocado un cambio no solo en la economía, la industria o en los procesos de producción, sino que ha generado una nueva estructuración social que afecta de manera notable en la forma de relacionarnos. Sobre todo, a partir de la creación de las denominadas “redes sociales” (v.gr. LinkedIn, Facebook, Twitter, etc.), que permiten una conexión constante entre personas, con las ventajas, pero también riesgos, que las mismas acarrear.

⁴⁶ ANA GIMENEZ COSTA *Las respuestas del Derecho ante la Violencia de Género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019 pág. 164

En efecto, el *machismo* ha encontrado una nueva ventana para repetir las estructuras de poder jerarquizadas, aumentando sus posibilidades de éxito, aventajado por la intermediación y, en consecuencia, por la facilidad para situar a la víctima en una situación de acoso constante, la posibilidad de llevarlas a cabo sin cercanía física con la víctima, pero también por la falta de regulación jurídica y el carácter anónimo que acompaña a las acciones cometidas a través del uso de las redes sociales.

Haciendo una mirada retrospectiva, el nacimiento de las denominadas “redes sociales” tuvo lugar en 2003 con “Linkedin”, seguido de “Facebook” en 2005 y “Twitter” en 2006. Pues bien, estos instrumentos que sin duda pueden reportar grandes beneficios para la sociedad, han sido también el vehículo utilizado para el ejercicio de la violencia de género, dando lugar a nuevas manifestaciones del mismo fenómeno y que resultan igualmente perjudiciales y dañinas para los derechos de la mujer.⁴⁷

Como hemos mencionado, se trata de un fenómeno incipiente, que adquiere una mayor fuerza a partir de 2009, por lo que apenas existe legislación sobre el asunto. Si bien, debemos destacar que hoy en días las tecnologías se encuentran presentes en la vida de la mayoría de los ciudadanos con los peligros que ello acarrea y lo más preocupante con el desconocimiento de los límites a las que las mismas pueden llegar.

A pesar de ello, no existe una gran implicación por parte de los poderes públicos de erradicar este tipo de violencia de género. “Resulta preocupante que ninguna Administración Pública española ha generado datos oficiales, públicos, sistemáticos y a lo largo del tiempo para permitir un análisis adecuado de la violencia de género on-line o internet en general. Tampoco las principales redes sociales comerciales a nivel global han generado informaciones sobre ello, a pesar, de que comercialicen con nuestros datos”⁴⁸. Por ello para proceder a un análisis de la materia que ahora nos ocupa únicamente podemos acudir a estudios parciales y de carácter privado.

Diversos estudios llevados a cabo en nuestro país como el de Estébanez y Vázquez de 2013 o el “Situación actual Violencia de Género en España de 2016” ponen de manifiesto como estas prácticas son llevadas a cabo sobre todo por aquellos sectores más jóvenes de la población, siendo

⁴⁷ PATRICIA FERNANDEZ MONTAÑO, BEATRIZ ESTEBAN RAMIRO *Violencia de Género en redes sociales: aproximación desde el discurso de la población joven castellano- manchega*, 2017, pág 11

⁴⁸ NURIA VERGÉS BOSCH *Redes Sociales en perspectiva de Género: guía para conocer y contrarrestar las violencias de género on-line*, 2017, Instituto de Administración Pública Consejería de Hacienda y Administración Pública, Junta de Andalucía, 2017, página 40

las mujeres uno de los sectores más vulnerables y propenso a recibir este tipo de actuaciones, entre otras en el ámbito que ahora nos ocupa, de la “violencia de género”.

Torres, Robles y Marco señalan que el llamado “ciberacoso”, como forma de violencia de género, implica agresión psicológica, sostenida y repetida en el tiempo, contra la pareja o expareja (de una mujer), utilizando para ello las nuevas tecnologías a través de plataformas o sistemas virtuales como el correo electrónico, sistemas de mensajería, WhatsApp, redes sociales, blogs o foros..., siendo su objetivo la dominación, la discriminación, el abuso de la posición de poder; y debe suponer una intromisión, sin consentimiento, en la vida privada de la víctima.⁴⁹

Como vemos, tal conceptualización del ciberacoso, en consonancia con nuestro propio Ordenamiento jurídico, limita tal concepto a las agresiones producidas *en el seno de la pareja*, pero son numerosos los autores que defienden la ampliación del concepto fuera de dicho ámbito, incluyendo aquellas conductas de amenazas, insultos, burlas, vejaciones, etc. ejercidas por un hombre y cuya víctima sea una mujer, llevadas a cabo a través del uso de las tecnologías.

“Este acoso incluiría falsas acusaciones, vigilancia, amenazas, robo de identidad, daños al equipo de la víctima o a la información que en él contiene, uso de la información robada para acosar a la víctima, mensajes acusatorios o vejatorios, etc.

También podemos englobar en este terreno el denominado “sexting”. Se trata dicho fenómeno delictivo, del envío de material privado por parte de personas -normalmente jóvenes- a través del teléfono móvil o de Internet, en el que se muestran fotografías o videos de conocidos, amigos o parejas de carácter erótico y de índole privado.”⁵⁰ Lo que en muchas ocasiones se utiliza posteriormente con objeto de chantaje u amenaza.

Por otra parte, Royyakers mantiene que el ciberacoso es una forma de invasión en el mundo de la vida de la víctima de forma repetida, disruptiva y sin consentimiento, utilizando las posibilidades que ofrece Internet. Según Bocij y McFarlane (2002), el ciberacoso es un conjunto de comportamientos mediante los cuales una persona, un conjunto de ellas o una organización, usan las TIC para hostigar a una o más personas. Dichos comportamientos incluyen, aunque no de forma excluyente, amenazas y falsas acusaciones, suplantación de la identidad, usurpación de datos

⁴⁹ Ciberacosadores en el noviazgo adolescente y su relación con la violencia psicológica, el sexismo y los celos Torres, Robles & Marco, 2013: p.18

⁵⁰ CRISTOBAL ROBLES ALBERO, JOSÉ MANUEL ROBLES, STAFANO DE MAERCO *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, pág. 24

personales, daños al ordenador de la víctima, vigilancia de las actividades de la víctima, uso de información privada para chantajear a la víctima, etc. Ibidem

En suma, podemos observar lo complicado que resulta elaborar una lista cerrada de las conductas que pueden dar lugar al “ciberacoso”, sobre todo porque el mundo de las tecnologías se encuentra en constante desarrollo, de manera que los acosadores pueden ver incrementadas cada día las posibilidades de llevar a cabo conductas de acoso por distintos medios. Además, ven facilitada su actuación puesto que no es necesario tener un contacto físico con el sujeto pasivo, sino que se produce desde la distancia, aprovechando con ello a menudo el cierto anonimato que ello les brinda.

Lo que si podemos extraer son los siguientes elementos, como caracterizadores de la llamada “violencia de género *online*”:

- El miedo generado a través de las conductas llevadas a cabo por Internet.
- La repetición o reiteración de dichas prácticas: una única acción de acoso no puede ser considerada como ciberacoso, sino que será preciso que las mismas se repitan en el tiempo creando una sensación de indefensión e inseguridad en la víctima. Se trata de un elemento clave en este tipo de delitos, porque los mismos son llevados a cabo a distancia, de manera que repetición es fundamental para generar esa sensación de miedo en la víctima.
- Las acciones afectan a la privacidad e intimidad de la víctima: suele tratarse de un acoso llevado a cabo mediante fotos, videos, pero también mediante otras formas dañinas que afectan a la imagen pública de la víctima, dañando de una manera especial a su intimidad.
- Negativa de la víctima: la víctima debe poner de manifiesto su negativa a seguir recibiendo este tipo de acciones.

Como se aprecia, el catálogo de conductas posibles es amplio, y podemos señalar -en consonancia con Blanca Hernández Oliver- y sin ánimo de exhaustividad, los siguientes:

- Creación de perfiles falsos con el nombre de la víctima.
- Acceder digitalmente al ordenador de la víctima para controlar sus comunicaciones.
- Perseguir e incomodar a la víctima en espacios de internet que frecuente.
- Distribuir en internet contenido o datos privados de la víctima.
- Dar de alta a la víctima en un sitio web donde pueden estigmatizar o ridiculizar a la persona.

- Difundir en redes sociales hechos de la víctima que supongan un comportamiento reprochable.⁵¹

Son conductas que en muchas ocasiones son difíciles de percibir puesto que en la mayoría de las ocasiones comienzan de forma sutil, siendo sus víctimas mujeres jóvenes, nacidas en la era de la tecnología, por lo que son menos perceptibles tanto para la víctima como para el resto de la población.

Nuestro sistema jurídico, ante la inicial desprotección que se advierte respecto de víctimas de tal tipo de ataques online o por medio de la citada violencia de género *digital*, ha tratado precisamente de dar respuesta al mismo mediante la previsión en la reciente reforma del Código Penal de 2015, de específicas figuras delictiva concerniente a tales realidades, como son el llamado delito de “stalking” (previsto en el art. 172 ter CP) y el delito de “sexting” (art. 197.7 CP).

El primero de estos artículos, 172 ter CP, castiga con pena de prisión de 3 meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, las conductas que se llevan a cabo de forma insistente y reiterada por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento, que precisamente por la intensidad y carácter reiterativo de las conductas cometidas por el agresor, consiga éste *“alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana (de la víctima)”*.

Por su parte, el art. 197.7 CP establece: *“será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”*

Si bien es cierto que en el segundo párrafo del art. 197.7 CP se permite imponer la pena en su mitad superior en el caso de que los actos sean llevados a cabo por quien haya sido la pareja o ex pareja de la víctima, no encontramos mención alguna en el 172 ter CP respecto del ámbito de la violencia de género.

El art. 197.7 CP trata de dar respuesta al denominado *“porno de venganza”*, una práctica cada vez más habitual llevada a cabo por determinados autores varones, que publican y comparten

⁵¹ CRISTOBAL ROBLES ALBERO, JOSÉ MANUEL ROBLES, STAFANO DE MAERCO *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, pág. 20

contenido *íntimo* de sus parejas, captado o tomado en ocasiones mientras mantienen relaciones sexuales con aquéllas, pero en otros casos incluso mediante el *hackeo* de sus dispositivos electrónicos, con el fin de hacer daño a la mujer a través de su humillación y vergüenza pública. Los estudios muestran además –de forma preocupante- cómo las páginas webs dedicadas a la publicación y difusión de este tipo de contenidos han tenido un llamativo desarrollo y expansión en los últimos años.

“La pornografía no consensuada, y más aún cuando implica este elevado grado de agresión, es un reflejo de la cultura de la violación que aún persiste en nuestras sociedades patriarcales. Las mujeres se convierten en objeto, se las agrede, y encima se las culpabiliza de la agresión por simplemente estar ahí o estar de esa manera, en definitiva, de ser mujer.”⁵²

Vemos por lo tanto cómo se ha trasladado a una nueva realidad, las TICs, los mecanismos de control, jerarquía y sumisión a los que han estado sometidas las mujeres durante años, y para las cuales precisamente surgió la ley de violencia de género. Ámbito que no hace sino aumentar la desprotección habitual de la mujer en este tipo de delincuencia relacionada con la “violencia de género”, frente a lo que hemos visto intentos legislativos a nivel penal por hacerlo frente, siendo necesario con todo seguir avanzando en la línea punitiva iniciada.

Así por ejemplo, en el sentido señalado, es de mencionar que la propia Ley 1/2004, que define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, y que recoge entre sus fines actuar de manera efectiva contra esta gran lacra social, en cambio no hace reconocimiento a este tipo de conductas llevadas a cabo por medio de las nuevas tecnologías, teniendo que ser subsumidas en otros tipos penales como las amenazas o las coacciones, siempre que se produzcan en el seno de la pareja o la expareja, hallando más recientemente cabida en los más novedosos tipos penales antes analizados, del Código Penal.

Observamos en suma cómo existe aún a fecha actual un gran vacío en nuestro Ordenamiento jurídico respecto de la tipificación de estas nuevas conductas. Siendo cierto que se trata de un fenómeno incipiente, que no por ello debe quedar sin la necesaria respuesta efectiva que la preocupante realidad demanda; en cuanto las nuevas tecnologías están contribuyendo

⁵² CRISTOBAL ROBLES ALBERO, JOSÉ MANUEL ROBLES, STAFANO DE MARCO *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, pág. 24

lamentablemente a la aparición de acciones indudable gravedad, con resultado incluso de suicidios, y siendo en muchas ocasiones la *antesala* de otro tipo de delitos que podrían ser evitados con una eficaz regulación penal de la violencia de género ejercida por medio de las nuevas tecnologías. Se hace pues urgente una reforma que permita dar acogida a estas nuevas situaciones de acoso y maltrato, que sufren diariamente buen número de jóvenes en nuestro país.

6. CONCLUSIONES.

Tras el estudio y realización del presente trabajo, y en definitiva de la violencia de género como más cruel manifestación de la discriminación por razón de sexo, podemos observar cómo progresivamente se ha ido adquiriendo una mayor conciencia social de la amenaza que esta violencia supone para las mujeres, y en realidad, para el propio sistema de valores que ha de configurar una sociedad moderna y avanzada. Sin duda el problema analizado de la “violencia machista” contra las mujeres es hoy día una de las mayores *lacras* sociales, dejando de ser un problema de ámbito privado o familiar para pasar a ser considerado como un verdadero conflicto social, necesitado de decididas acciones legislativas de carácter colectivo, y no sólo penal, sino más aún educativo, social y económico.

A este respecto, se pone de manifiesto la necesidad de una mayor implicación por parte de la Comunidad internacional y, sobre todo, de la Unión Europea; pues como destacábamos no existe reconocimiento alguno de la violencia machista en el denominado derecho primario europeo, siendo que en el derecho derivado tampoco se ofrece en general una respuesta eficaz de obligado cumplimiento por parte de los Estados Miembros, siendo un problema de escala global que afecta a todos los países miembros.

Es cierto que nuestro sistema legislativo ha avanzado considerablemente en los últimos años, de manera que podemos considerar superado el denominado Derecho Penal “machista” vigente durante años en nuestro país, pudiéndose aseverar a día de hoy, que es nuestro país una sociedad donde se asume y en general de consigue, al menos en buena medida, la igualdad real ante la Ley entre hombres y mujeres. Lo que no significa que no quede camino por recorrer en este esfuerzo por alcanzar tal reconocimiento efectivo y pleno.

Debemos en efecto reconocer el gran avance realizado en España en materia de igualdad, ubicándose como uno de los países bandera en la materia, siendo que, en menos de 50 años, hemos acudido a una auténtica carrera de fondo en materia de igualdad. Sin embargo, no debemos olvidar que las cifras de violencia de género en España continúan siendo por desgracia dolorosamente

elevadas y significativas, lo que también nos debe llevar a la reflexión –y necesaria autocrítica- de que tal vez algo no se esté haciendo bien, o lo hecho sea insuficiente en unos casos, e inadecuado en otros.

En tal estado de cosas, la Ley Orgánica 1/2004, si bien es cierto que surge en un momento de progreso en la materia, intenta romper con el llamado “sistema patriarcal”, tomando medidas sin duda ambiciosas para el momento. Desgraciadamente, y tal como he expresado a lo largo del trabajo, la misma se halla a día de hoy obsoleta en muchas cuestiones, y necesitada de una nueva revisión legislativa. Se trata de una ley sin duda innovadora, que trajo progresos en materia de igualdad de género, pero 16 años más tarde la realidad sociedad a la que tiene que responder dicho texto normativo, es otra muy distinta, y se exige por ello una revisión de la misma responsable, sosegada y dotada en lo posible del mayor y más amplio consenso.

El principal punto sobre el que cada vez se realizan más reivindicaciones es la necesidad de modificar el propio concepto de “violencia de género”, elaborándose un concepto más amplio que permita acoger los distintos episodios de violencia ejercidos por un hombre sobre una mujer, con independencia del vínculo sentimental -o análogo- que una a los sujetos activo y pasivo. De esta manera, se protegería el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, y en definitiva el derecho a la igualdad, y no sólo el perteneciente al núcleo de pareja o familiar. Pues, de lo que se trata, es de hacer frente al problema del machismo en todas las escalas y manifestaciones, logrando con apoyo en dicha legislación su final supresión. De la misma manera, sería sin duda beneficioso una cierta regulación o facilitación del acceso a las medidas o derechos que ofrece la Ley a las mujeres transexuales, que en definitiva se encuentran en una situación de doble discriminación, y sin embargo tienen que lidiar con unos mayores trámites para ser consideradas como víctimas de violencia de género (cuestión que somos conscientes que no es en absoluto sencilla de abordar ni pacífica, siendo tal vez susceptible de un estudio aparte).

Así mismo, resulta también preocupante el emergente machismo ejercido a través de las redes sociales, siendo sus principales sujetos tanto activo como pasivo los jóvenes. Constituyendo actualmente uno de los mayores vehículos de conducción del machismo en nuestro país entre la juventud que, en definitiva, es el futuro de mañana. La manera de relacionarse socialmente ha cambiado completamente en los últimos años, y con ello la forma o los métodos en los que puede ejercerse la violencia de género; sin embargo, la regulación normativa es mínima y sin duda insuficiente.

De esta forma, quisiera poner el foco de atención en la educación, al fin de cuentas el problema de la discriminación se instaura desde la infancia. Se crea y se instruye en los más jóvenes un

patrón machista que es reproducido de manera automática, por ello sería un gran avance tomar medidas de carácter efectivo en materia de educación, eliminando los elementos de tinte machista de los libros de textos, los uniformes escolares sexistas, juegos y juguetes diferenciados por sexo, ofertando una buena educación sexual, hablando de violencia de género, de los peligros que la misma supone, así como del protocolo a seguir en caso de ser víctima de violencia de género, en definitiva: educar en valores y parámetros de *igualdad*.

Respecto a las sanciones penales que nuestro Código Penal anuda a los delitos ejercidos en el seno de la violencia de género o doméstica, en muchas ocasiones ha sido tachada de excesiva e innecesaria. Sin embargo, podría considerarse que el calificativo que mejor merece es el de “ineficaz”. Es cierto que una pena de prisión consigue mantener la seguridad de la víctima y de sus familiares, cumpliendo con una función preventivo especial, si bien, las estadísticas muestran cómo, una vez cumplido el periodo de prisión, es uno de los delitos con mayor grado de reincidencia. De nuevo, creo que debe ponerse el foco de atención a la educación, un correcto tratamiento del penado basado en valores de igualdad podría permitir reinsertar debidamente a los sujetos en la sociedad.

De igual forma, el condicionamiento de distintos beneficios penitenciarios al sometimiento del condenado a un correcto seguimiento del tratamiento hace que el mismo pierda su plena eficacia, pues el móvil del sujeto es la obtención de dichos beneficios y no tanto el correcto aprendizaje. Como señalábamos en el trabajo no se trata de penas excesivamente largas, sino, que la mayoría de los sujetos vuelven a recuperar la plenitud de sus derechos en unos años, a lo que debemos sumar el núcleo sentimental existente entre los sujetos, existiendo en muchas ocasiones incluso hijos en común. De manera que se hace necesario que estos sujetos una vez cumplido su periodo de prisión dejen de ser una amenaza tanto para la víctima y sus familiares como para la sociedad en su conjunto, y el medio para obtenerlo no es otro que un buen tratamiento del condenado.

Se trata de unos delitos que atacan a la casi plena totalidad de los derechos de la víctima, situándola en una situación de miedo e indefensión, pues afecta a la esfera más privada de su intimidad. Motivo por el cual, se hace de nuevo preciso poner a disposición de la víctima de violencia de género un catálogo de medidas que permita a la mujer mirar hacia delante, arropada por medidas que la reporten mayores facilidades y apoyos en su vida diaria. Como comentábamos en el texto del trabajo, la Ley 1/2004 incorpora un catálogo de derechos y medidas, si bien, en la mayoría de los casos, se demuestran insuficientes, o en otros casos, presentan excesivas trabas para la víctima. En muchas ocasiones las mujeres son dependientes económicamente de sus agresores, dando lugar a la denominada “violencia económica doméstica”, de manera que sería beneficioso para la víctima

una ayuda que verdaderamente permitiera llevar una vida digna, sin impedir su independencia económica.

En el presente trabajo, nos hemos centrado en el estudio penal de la violencia de género, si bien, ésta no es más que el último escalón de este complejo problema jurídico y social. Es decir, considero conveniente poner de manifiesto el brutal ataque que estos episodios suponen para las mujeres, si bien, la realidad de nuestro país denota como las mujeres continúan siendo víctimas diarias de conductas discriminatorias por razón de sexo, que afectan a todas las esferas de sus vidas, negándoselas por ello poder vivir en igualdad real y efectiva seguridad.

La violencia de género supone en definitiva un brutal ataque contra la práctica totalidad de derechos de la víctima, impidiéndola llevar a cabo una vida en condiciones normales, afectando a la esfera más profunda de su intimidad. Violencia a la que, en definitiva, se ve sometida por el hecho de haber nacido mujer.

Adviértase en todo caso que, con cuanto se plantea, no se pretende obtener un trato más favorable para las mujeres, o más perjudicial para los hombres, sino una serie de medidas más restrictivas de carácter transitorio que permitan alcanzar lo que es justo y en definitiva propio. Se trata de un tratamiento penal que sin duda es más restrictivo con los hombres, si bien, surge y se elabora para dar respuesta a una situación verdaderamente alarmante, que todavía hoy lleva consigo la muerte de numerosas mujeres en manos de sus parejas y exparejas. En efecto, no pueden tratarse con normas iguales situaciones desiguales, si bien, no debemos perder de vista que el horizonte último de este tratamiento penal no es otro que la definitiva abolición de la violencia contra la mujer

Las reivindicaciones de buena parte de los sectores *feministas* reclamando una mayor protección para las mujeres frente a este tipo de ataques, lejos por lo general de buscar un odio o represalia hacia el sexo masculino, persiguen principalmente recuperar lo que en definitiva es inherente a cada ser humano, con independencia de su raza, color, sexo, ideología u orientación sexual.

En definitiva, y como fin último del presente escrito, la plena igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, y el respeto absoluto, en última instancia, al fundamental valor de la *dignidad personal*, de hombres y mujeres por igual.

BIBLIOGRAFÍA

- RAFAEL ALCALÁ- FLORES *La dispensa del deber de declarar de la víctima de Violencia de Género: interpretación jurisprudencial*, 2009
- GABRIEL BERNAL DEL CASTILLO, *El tratamiento de la violencia de género en el Código Penal*, 2013
- MANUEL CALVO GARCÍA, *Análisis Socio- Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2006
- L. D PAEZ CUBA, *Génesis y evolución histórica de la violencia de género*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2011.
- PATRICIA FERNANDEZ MONTAÑO Y BEATRIZ ESTEBAN RAMIRO *Violencia de Género en redes sociales: aproximación desde el discurso de la población joven castellano- manchega*, 2017
- ANA GIMÉNEZ COSTA *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*, 2019
- JUNTA DE ANDALUCÍA *Documentación Violencia de Género red ciudadana*,
- MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, *Estudio Integral de la Violencia de Género*, 2018
- ANA MARÍA PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, *El sistema patriarcal, desencadenamiento de la Violencia de Género*.
- JULIO MUERZA ESPARZA “*Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*” 2005
- RAQUEL OSBORNE, *Apuntes sobre violencia de género*, 2009
- EVA MARÍA PEÑA PALACIO, *Fórmulas para la igualdad número 5*, 2007
- EDUARDO RAMÓN RIVAS, *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, 2008
- CRISTOBAL ROBLES ALBERO, JOSÉ MANUEL ROBLES, ESTAFANO DE MARCO *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*.

- CRISTINA RUIZ LÓPEZ, *La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas*, 2015

- EVA SILVÁN, GABINETE JURÍDICO CONFEDERAL CCOO. SUSANA BRUNEL, EQUIPO SECRETARÍA CONFEDERAL MUJER IGUALDAD “*Derechos laborales y de seguridad social de las mujeres víctimas de violencia de género*”, 2013

- TORRES ROBLES Y MARCO *Ciberacosadores en el noviazgo adolescente y su relación con la violencia psicológica, el sexismo y los celos*, 2013

- NURIA VERGÉS BOSCH. INSTITUTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONSEJERÍA DE HACIENDA. JUNTA DE ANDALUCÍA, *Redes Sociales en perspectiva de Género: guía para conocer y contrarrestar las violencias de género on-line*, 2017.