



---

**Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

**Derecho penal y violencia de género**

Presentado por:

***Cristina Regueras San José***

Tutelado por:

***Tomás Montero Hernanz***

*Valladolid a 13 de julio de 2021*

“Yo fui educado a la antigua, y nunca creí que me fueran a ordenar un día que matara a una mujer. A las mujeres no se las toca, no se las pega, no se les hace daño físico y el verbal se les evita al máximo, a esto último ellas no corresponden. Es más, se las protege y respeta y se les cede el paso, se las escucha y ayuda si llevan un niño en su vientre [...], incluso se las resguarda al andar por la calle alejándolas del tráfico o de lo que se arrojaba desde los balcones en otros tiempos [...]. Cuando se va a fusilar en masa, a veces se les perdona la vida y se las aparta; se las deja sin maridos, sin padres, sin hermanos y aún sin hijos adolescentes [...].”

Javier Marías, *Tomás Nevilson*. Madrid, 2021.

## RESUMEN

La violencia de género es el término usado para denominar ese tipo de violencia doméstica en el que el sujeto pasivo siempre es la esposa o mujer con la que se tenga una similar relación de afectividad aún sin convivencia y el sujeto activo siempre es el marido u hombre que tiene tal relación con ella. Este tipo de violencia está causando cada vez más rechazo y alarma social, ya no se trata de un delito “invisible”, por ello fue evolucionando su tratamiento penal, estableciendo una regulación cada vez más exhaustiva hasta la entrada en vigor de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que se encarga de su abordaje integral (y no solo en el ámbito penal). Además de esta, que reformó nuestro Código Penal, ha habido más instrumentos y actuaciones judiciales y extrajudiciales con el objetivo de clarificar su regulación y estos se han materializado en leyes orgánicas que han reformado el Código abordando esta materia, en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, así como doctrina elaborada por estudiosos sobre el tratamiento y concepción de este tipo de violencia en diferentes ámbitos jurídicos como en la mediación o en las medidas de alejamiento.

## ABSTRACT

Gender violence is the term used to refer to this type of domestic violence which the passive subject is always the wife or woman with whom there is a similar affective relationship, even if they do not live together, and the active subject is always the husband or man who has such a relationship with her. This type of violence is causing more and more rejection and social alarm, it is no longer an “invisible” crime, which is why its criminal treatment has been involving, establishing an increasingly exhaustive regulation until the entry into force of the “LO 1/2004” on Integral Protection Measures against Gender violence, which is responsible for its comprehensive approach (and not only in the criminal field). In addition to this law, which reformed our Criminal Code, there have been more instruments and judicial and extrajudicial actions with the aim of clarifying its regulation, and these have been materialised by organic laws that have reformed the Code addressing this matter, by jurisprudence of both the Supreme Court and the Constitutional Court, as well as doctrine developed by scholars about the treatment and conception of this type of violence in different legal areas such as in the mediation or in the restraining orders.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, mujer, violencia doméstica, hombre.

**KEYWORDS:** Gender violence, woman, domestic violence, man.

## ÍNDICE

RESUMEN .....	3
INTRODUCCIÓN .....	7
<b>1.¿QUÉ ENTENDEMOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO?</b> .....	9
1.1.Concepto literal. Contenido jurídico. ....	9
1.2.Violencia ¿sobre la mujer, machista, doméstica, de género? .....	11
<b>2.INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.</b> .....	16
<b>2.1.Las Conferencias mundiales sobre la mujer de Naciones Unidas</b> .....	16
2.1.1.I Conferencia. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. ....	16
2.1.2.II Conferencia. ....	17
2.1.3.III Conferencia. Estrategias de Nairobi. ....	17
2.1.4.Entre III y IV. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. ....	18
2.1.5.IV Conferencia. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. ....	18
<b>2.2.El Convenio de Estambul.</b> .....	20
<b>3.EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA.</b> .....	23
<b>3.1.Hasta la Constitución de 1978</b> .....	23
3.1.1.Contexto histórico y papel de la mujer. ....	23
3.1.2.Código Penal de 1944. ....	24
<b>3.2.La publicación de la Constitución de 1978.</b> .....	26
3.2.1.Avances en el ámbito social antes de las sucesivas reformas jurídicas. ....	26
3.2.2.La evolución del tratamiento penal .....	27
3.2.3.Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento .....	27
3.2.4.Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal .....	28
3.2.5.Ley Orgánica 3/1989, de 29 de junio, de actualización del Código Penal. ....	29
3.2.6.Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. ....	30
3.2.7.Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ....	31

3.2.8.Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.....	33
3.2.9.Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	34
3.2.10.Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	36
3.2.11.Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	37
<b>4.LEY VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>39</b>
<b>4.1.Consideraciones generales. Estructura y objeto.....</b>	<b>39</b>
<b>4.2.Tratamiento penal.....</b>	<b>41</b>
<b>4.3.Tratamiento procesal.....</b>	<b>47</b>
4.3.1.Consideraciones generales.....	47
4.3.2.Juzgados de violencia sobre la mujer.....	47
4.3.3.Normas procesales civiles y penales.....	49
4.3.4.Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.....	51
4.3.5.Fiscalía de violencia contra la mujer.....	52
<b>5.JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>53</b>
<b>5.1.Violencia de género y TC. Conceptos clave para abordar las subsiguientes sentencias de este Tribunal.....</b>	<b>53</b>
<b>5.2.LO 1/2004 ¿Respeto la supremacía de la Constitución?.....</b>	<b>53</b>
5.2.1.Consideraciones generales. Controversias a raíz del uso del término “género” en nuestra legislación.....	53
5.2.2.STC 59/2008, de 14 de julio.....	54
5.2.3.STC 87/2020, de 20 de julio de 2020, recuso de amparo 6127/2018.....	58
<b>6.EL FEMINICIDIO.....</b>	<b>63</b>
<b>6.1.Concepto.....</b>	<b>63</b>
<b>6.2.Reconocimiento legislativo y tratamiento penal.....</b>	<b>64</b>
6.2.1.En el ordenamiento jurídico español.....	64
6.2.2.Otros ordenamientos jurídicos.....	66

<b>7.¿MEDIACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO?</b> .....	69
<b>7.1.Mediación y su repercusión en el ámbito penal.</b> .....	69
7.1.1. <i>Consideraciones generales.</i> .....	69
7.1.2. <i>Justicia restaurativa. Mediación en el proceso penal.</i> .....	69
<b>7.2.Mediación en el ámbito de violencia de género.</b> .....	71
<b>8.TRATAMIENTO PARA REOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.</b> .....	74
<b>8.1.Consideraciones generales.</b> .....	74
<b>8.2.Modelo punitivo en medio abierto. Sin pena de prisión.</b> .....	74
8.2.1. <i>Alejamiento entre agresor y víctima. ¿Cómo se configura la pena? Artículo 48 y 57 CP.</i> .....	75
8.2.2. <i>Suspensión de penas.</i> .....	77
<b>8.3.Modelo punitivo en medio cerrado. Pena de prisión.</b> .....	79
<b>8.4.Supuesto de quebrantamiento de medida de alejamiento. Consentida o no consentida.</b> 80	
8.4.1. <i>Introducción. Distintos supuestos de quebrantamiento.</i> .....	80
8.4.2. <i>Quebrantamiento por el agresor de la medida cautelar/pena de alejamiento a la víctima no consentido por esta. Artículo 468.2. CP.</i> .....	81
8.4.3. <i>Quebrantamiento consentido por la víctima.</i> .....	85
- <i>Responsabilidad penal del agresor. Posiciones doctrinales y de la jurisprudencia menor y del TS.</i> .....	85
- <i>¿Posible responsabilidad penal de la víctima?</i> .....	90
<b>9.CONCLUSIONES.</b> .....	93
<b>10.BIBLIOGRAFÍA</b> .....	96
<b>11.ANEXO DE LEGISLACIÓN</b> .....	99
<b>12. ANEXO DE JURISPRUDENCIA.</b> .....	102
<b>13. SITIOS WEB VISITADOS</b> .....	104

## INTRODUCCIÓN

No es fácil abarcar un tema tan amplio a la par que complejo como es el fenómeno de la violencia de género.

Podemos contemplar la violencia de género desde una perspectiva amplia, entendiéndola como una violencia ejercida sobre la mujer en general “por el mero hecho de serlo”; y desde una perspectiva estricta, concebida como la violencia ejercida sobre la mujer por su marido o persona con semejante relación de afectividad, aun sin convivencia.

En el ordenamiento jurídico español el concepto violencia de género nació con la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, Ley Orgánica 1/2004), ya que antes de esta, desde la publicación de la Constitución Española, con las sucesivas reformas del Código Penal de 1973 y del nuevo Código de 1995 solo se comenzó a regular los casos de violencia doméstica, aunque cada vez de forma más específica, ya que se dejaba de concebir como un “problema de ámbito privado” y comenzaba a provocar una alarma social cada vez más alta.

La toma de conciencia sobre el problema social que suponía la violencia en el ámbito familiar fue el resultado de las actuaciones llevadas a cabo en esta materia en el ámbito internacional, con las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer celebradas por la ONU, siendo la más relevante la última, celebrada en 1995.

Con la Ley Orgánica 1/2004, que regula de forma exhaustiva e integral este fenómeno se ha modificado la legislación en el ámbito civil, penal y procesal civil y penal. Se crearon órganos nuevos como por ejemplo los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y figuras nuevas con el Fiscal de Violencia contra la Mujer.

Con este texto se trata de dar un por qué a la diferenciación de este tipo de violencia específica dentro de la doméstica, exponiendo su evolución a lo largo de los años en el ámbito nacional y la influencia también de los instrumentos creados en el internacional, además de dar una perspectiva objetiva de este fenómeno que ya no es invisible y de las posibles controversias que pudiera ocasionar en el terreno penal y consecuentemente constitucional (al poder apreciarse cierta vulneración a los derechos del género masculino como resultado de un trato desigual).

Las siguientes páginas se podrían dividir en dos bloques, un bloque general que abarcaría los cinco primeros capítulos, que se refieren a hechos más objetivos y legislación positiva, con los que se aborda: el concepto de “violencia de género”, su origen y evolución;

su tratamiento penal; la importancia del papel que ha desempeñado la Constitución de 1978, que estableció el principio de igualdad entre mujeres y hombres que fue el origen de muchos cambios sociales a favor de acabar con el siempre “cohibido” papel de la mujer; la Ley Orgánica 1/2004; y la postura de la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a los casos de violencia de género.

En cuanto al segundo bloque, que abarcaría los capítulos sexto, séptimo y octavo, podría calificarse como un abordaje más “específico” de fenómenos concretos como es el feminicidio que, aunque en nuestra legislación no se encuentre tal término, en las reformas del Código Penal se da un paso hacia delante a su regulación con la imposición de agravante por razón de género; la posibilidad de mediación penal en casos de violencia de género, que no está impuesta como medio posible en la legislación para adultos; y la materia de medidas de alejamiento (que, como establece el artículo 57.2. del Código, siempre se impondrán en estos supuestos de violencia), que es un tema complejo al existir quebrantamiento de estas medidas por parte de la propia víctima, y muchas veces en razón del “síndrome de la mujer maltratada” que sufren estas.

No obstante, antes de la lectura de este texto hay que partir de una base principal: para nuestro ordenamiento, con la referencia al “género” en el ámbito de la violencia en el seno de la pareja, lo que se trata de destacar son los parámetros culturales con los que se forman la feminidad y la masculinidad, “lo que se debe ser” que es fruto de los comportamientos esperados por unos y otros en base a esa formulación, y no al “ser”, que estaría determinado en base a la biología, puesto que se nace hombre o mujer. De ahí que la propia LO 1/2004 haga alusión a: “la violencia ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo”, es decir, razón de género.



# 1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO?

## 1.1. Concepto literal. Contenido jurídico.

No sería posible hablar de un tema a fondo, sin antes definirlo conceptualmente.

Antes de entrar en el significado literal de este sintagma nominal, se entiende conveniente conocer la definición de los términos que lo forman.

Por un lado, violencia: “Del lat. *violentia*. 1. f. Cualidad de violento. 2. f. Acción y efecto de violentar o violentarse. 3. f. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. 4. f. Acción de violar a una persona.”; y por otro lado género: del latín *genus, generis*. 1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes. 2. m. Clase o tipo a que pertenecen personas o cosas [...]. 3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico [...].”

Definidos ya ambos conceptos que configuran el sintagma cabe entonces preguntarse, según lo expuesto en el párrafo anterior, ¿qué es la violencia de género?

Teniendo en cuenta las definiciones recogidas por la Real Academia Española (fuente utilizada para dar explicación a los conceptos anteriormente expuestos) se podría definir la violencia de género como acción y efecto de violentar o violentarse con (o contra) un grupo al que pertenecen seres humanos por razón de su sexo. Pero con esta definición, cuando se habla de “género” no se especifica si en concreto es una violencia hacia el género masculino (por razón de sexo masculino) o femenino (por razón de sexo femenino), por lo que haciéndonos eco de la definición literal de ambos términos se puede entender que cuando se habla de “violencia de género” se hace referencia a violencia sobre alguien por razón de su sexo, tanto de un hombre a una mujer como de una mujer hacia un hombre.

Yendo más allá del tenor literal de este sintagma hay que hablar de su definición desde el punto de vista jurídico.

La violencia de género no está tipificada expresamente como tal en el vigente Código Penal español<sup>1</sup> (en adelante CP), al que no se le dedica específicamente un único título,

---

<sup>1</sup>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

sección o artículo en este texto. Este delito no tiene una conducta típica única, puede cometerse mediante la comisión de otro tipo de delitos sí tipificados en este Código: el delito de lesiones y maltrato de obra: artículo 147.1<sup>2</sup>, en virtud del artículo 148.4<sup>3</sup>, y el artículo 153.1<sup>4</sup>, Título III, libro II; el delito de amenazas leves del artículo 171.4<sup>5</sup>, Capítulo II, Título VI; el delito de coacciones leves del artículo 172.2<sup>6</sup>, Capítulo III, Título VI; y delitos contra la integridad moral, del artículo 173.2<sup>7</sup>, Título VII.

Aunque como se ve, delitos tipificados en el Código Penal pueden ser calificados como violencia de género, hay que subrayar su falta de tipificación como delito en el Código. Además, hay otro tipo de delitos calificados como manifestación de esta violencia que no cuentan con tipificación propia, tal es el caso del feminicidio, que puede denominarse en sentido amplio como muerte de una mujer por el hecho de serlo en un contexto de dominación y trato desigual<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> “El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena [...] siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. [...]”.

<sup>3</sup> “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4.º 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.”

<sup>4</sup> “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, [...]”.

<sup>5</sup> “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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, [...]”.

<sup>6</sup> “2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas [...]”.

<sup>7</sup> “2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos [...]”.

<sup>8</sup> Alonso Álamo, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, pp. 99-100, en Monge Fernández, Antonia (Dir.) y Parrilla Vergara, Javier (Coord.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: Bosch Editor, 2019, pp. 91-129.

Entonces, para conocer la regulación y qué medidas adoptar en este tipo de delito ¿dónde deberíamos acudir?

El abordaje integral de la violencia de género, incluido su tratamiento penal, se recoge en la Ley Orgánica 1/2004<sup>9</sup>. Junto a esta Ley, y en el ámbito estatal, hay que tener también en cuenta otras normas como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género<sup>10</sup>; y el Real Decreto 1023/2020, de 17 de noviembre, por el que se actualizan las cuantías, los criterios y el procedimiento de distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género.

## **1.2. Violencia ¿sobre la mujer, machista, doméstica, de género?**

Aunque sea un tema que se tratará de forma más detallada en el apartado 4, es oportuno hacer una referencia a la Ley Orgánica 1/2004.

Como se ha expuesto, si se entra en el tenor literal del concepto “violencia de género” no se está diferenciando si el sujeto pasivo es el hombre o la mujer. En cambio, si nos situamos en la exposición de motivos de esta ley, en el primer párrafo el legislador señala que: “La violencia de género [...] 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, por ser consideradas [...] carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”

En su exposición de motivos esta Ley está limitando el bien jurídico protegido por este delito a la integridad física y moral de las mujeres, únicamente. Es decir, habla de género (que puede ser tanto masculino, como femenino) refiriéndose solamente a uno de los dos existentes, al femenino.

Pero no solo deja clara la identificación de la víctima (siempre femenina), sino que, además, en su artículo 1.1 delimita claramente su objeto, estableciendo que “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación [...] y las relaciones

---

<sup>9</sup>Modificada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, Ley 42/2015, de 5 de octubre, Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto y Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

<sup>10</sup>Además de modificar los artículos 20, 23 y 27 de la Ley Orgánica 1/2004, modifica también la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el artículo 156 del Código Civil.

de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges [...].”

Como se puede apreciar, vista la definición literal de la palabra “género” en nuestra lengua, no puede considerarse que sea muy acertada tal denominación para abordar este tipo de delito. La Real Academia Española ha decidido condenar la expresión “violencia de género” y recomendar “violencia doméstica”, afirmando que la expresión es una mera traducción del inglés: “*gender-based violence*” o “*gender violence*”, tratándose entonces de un anglicismo.<sup>11</sup>

En principio *gender* y género se corresponden, ya que provienen de la misma raíz del latín *genus* (el *gender* inglés, a través del francés *genre*), que adquirió sentido del griego *genos*. Todas estas palabras en distintos idiomas clásicos y actuales: *genus*, *gender*, *genre*, género y *genus* es un grupo o clase o tipo dentro de otro más amplio (sentido genérico de la palabra), pero cabe preguntarse ¿a qué clase o grupo especial se refieren en cada lengua?

Pues bien, *genus*, *genos*, *genre* y género (en latín, griego, francés y español, respectivamente) hacen referencia a “género gramatical”. Pero en inglés es distinto, en inglés, *gender* (género) significa sexo.

Por lo tanto, traducir *gender* sexual por género no solo implica atribuir a esta palabra un significado que no tiene, sino además dotarla de un significado que lleva a la confusión. “Masculino” y “femenino” no se refieren al hombre y a la mujer, sino que se refieren a clasificaciones gramaticales. Además, la violencia la ejercen las personas y no entidades gramaticales como estas. En definitiva, género no implica de por sí “sexo”, no corresponde al *gender* “sexo” inglés.<sup>12</sup>

Pero, aunque la RAE recomiende identificar violencia de género con violencia doméstica, esta definición tampoco sería apropiada, ya que con la violencia de género el bien jurídico protegido es otro, aborda un problema social distinto, aunque este también se dé dentro del ámbito familiar. Se aborda la violencia ejercida sobre la mujer, no indistintamente sobre un miembro de la familia, siendo indiferente su sexo.

---

<sup>11</sup> *Vid.* Informe de 19 de mayo de 2004, de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género.

<sup>12</sup> Rodríguez Adrados, Francisco, 2004. Violencia que no es de género. *ABC*. 23 de junio, p. 3.

Anteriormente ya se hizo referencia a una serie de tipos penales, en cuyo análisis nos detendremos a continuación (delitos de lesiones y maltrato de obra, delito de amenazas, delito de coacciones...).

En relación con el delito de lesiones, el artículo 147.1 CP establece que “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado [...]” y este es un delito que puede ser considerado como violencia de género en virtud del artículo 148. 4º que a su vez indica: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior [...] 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.”. Y con relación a lesiones leves, el artículo 153.1 CP expone: “El que por cualquier medio [...] causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 (delito leve de lesiones) o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o [...]”.

Respecto al delito de amenazas leves, el artículo 171.4 establece que “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, será castigado [...]”.

En tercer lugar, en cuanto al delito de coacciones leves, el artículo 172.2 establece que “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia [...]”.

Y en último lugar, en cuanto a delitos contra la integridad moral, el artículo 173.2 dice que “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

Ahora bien, teniendo en cuenta por supuesto que estos no son los únicos delitos que puedan estar conectados con la violencia de género centraremos el análisis en estos preceptos.

Podemos llegar a una conclusión común en los tres primeros casos expuestos. En estos tres tipos penales (delito de lesiones, lesiones leves o maltrato de obra, coacciones y amenazas) el legislador identifica que el tipo se completaría si la víctima fuera mujer con la que el reo en su caso mantenga o haya mantenido una relación de afectividad o análoga. Sin

embargo, en el último caso habla de “quien sea o haya sido su cónyuge [...] o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad [...]”.

Esta diferencia de especificación respecto a las víctimas en estos delitos conduce a pensar y a la sospecha de la posible inexactitud del código a la hora de calificar propiamente este tipo de delitos.

Cabe plantearse entonces una serie de cuestiones: ¿Qué ocurriría, entonces, si una mujer amenazare a quien sea o haya sido su esposo? ¿Nos encontraríamos ante el tipo estipulado en el apartado cuarto del artículo 171? ¿Qué ocurriría aquí? ¿Sería un simple delito de amenazas del artículo 171.1?

Sin embargo, en el artículo 173.2 CP, el legislador utiliza el término “cónyuge” creando así la posibilidad de que la víctima del delito sea tanto un hombre como una mujer. No solo una mujer como estipula este texto en los demás tipos mencionados.

En resumen, se observa claramente que es la mujer, el género femenino, la que está especialmente protegida ante toda actuación típica, antijurídica y culpable contra ella cometida por el hombre, su pareja, cónyuge o persona con relación análoga anterior o en el momento de comisión de delito.

Ante este tipo de regulación pueden plantearse preguntas ¿Esto por qué es así? ¿A qué se debe? Todo esto es reflejo de la realidad española actual. Las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo ahora una mayor conciencia sobre el tema, y todo ello gracias al movimiento feminista que nació hace más de un siglo. Ya no se trata de un “delito invisible”, sino que produce un rechazo colectivo y una notable alarma social, que sigue acrecentándose con el tiempo.

Es indudable que la realidad sociocultural machista imperante durante toda la historia de la humanidad es el sometimiento de las mujeres bajo el poder y decisión de los hombres, como bien decía Simone de Beauvoir “la mujer no se reivindica como sujeto, porque carece de los medios concretos, porque experimenta el vínculo necesario que la sujeta al hombre sin plantearse la reciprocidad y porque a menudo se complace en su papel de Otro”<sup>13</sup>. Lo que quiere decir aquí esta autora es esencialmente que el hombre nace como sujeto y la mujer nace sujeta.

---

<sup>13</sup> Beauvoir, Simone de: *El segundo sexo*, Madrid: Cátedra, 1962, p 7.

Es imposible negar este machismo enquistado que aún sigue presente en nuestra realidad social actual, pero si se trata de combatir este con el delito de violencia de género ¿Por qué la propia Ley Orgánica que se encarga de él (del machismo, de la violencia sobre la víctima, siempre femenina, siempre con ese carácter secundario o subordinado respecto de los hombres) habla de violencia de género? Si se trata de violencia contra la mujer por persona con la que ha mantenido una relación de afectividad, ya sea su cónyuge o lo haya sido (o una relación análoga a esta), ¿por qué el legislador peca de una imprecisión tal como denominar a este tipo de violencia como “de género” y no, con más exactitud, como machista o sobre la mujer?

Si seguimos reflexionando sobre la denominación de este delito, este tipo de violencia podría entrar dentro de la denominación “violencia doméstica”, si la entendemos como la definición que da el Convenio de Estambul<sup>14</sup>, que señala que “Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica y económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima” (artículo tercero) ya que habla de violencia “entre cónyuges o parejas de hecho”, es decir, incluye la violencia a la que nos referimos cuando hablamos de “violencia de género” que también habla de cónyuge o “relación análoga”, y este precepto habla de parejas de hecho, que es relación análoga a una nacida del matrimonio. Pero, aun así, si cuando hablamos de violencia de género nos estamos refiriendo a violencia ejercida sobre la mujer, este término de violencia “doméstica” seguiría siendo incompleto.

Es sorprendente que este tipo de delito se siga denominando así, ya que incluso los propios órganos encargados de su instrucción y de su enjuiciamiento son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no juzgados denominados de violencia “de género”.

En conclusión, se puede subrayar la imprecisión a la hora de calificar este tipo de delito por parte del legislador, ya que para el bien jurídico que se protege y para el tipo delictivo (más bien tipos) que abarca, sería más acertada la denominación violencia machista o sobre la mujer, pero en ningún caso de género, a pesar de que la razón de este tipo de violencia sea de género.

---

<sup>14</sup> Convenio del Consejo de Europa de prevención y lucha contra la violencia doméstica y sobre la mujer, del 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014.

## 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

### 2.1. Las Conferencias mundiales sobre la mujer de Naciones Unidas

Como se ha señalado en el capítulo anterior, en nuestra lengua no puede considerarse que sea muy acertada la palabra “género” para denominar este tipo de delito. La RAE afirma que la expresión es la traducción del inglés: “*gender-based violence*” o “*gender violence*”, tratándose entonces de un anglicismo.

A su vez esta expresión de origen inglés, fue difundida a raíz de la IV Conferencia mundial sobre la mujer de Naciones Unidas, celebrada en Beijing en 1995<sup>15</sup>.

Antes de hablar de esta Conferencia, sería conveniente hacer un resumen acerca de la repercusión y los objetivos de las tres primeras como precedentes a esta última que será abordado más adelante.

Todas incidiendo en la situación de subordinación en la que se encuentra (y se ha encontrado) la mujer y las medidas para erradicar la discriminación y violencia que sufre esta por el mero hecho de serlo.

#### 2.1.1. I Conferencia. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

La primera Conferencia mundial sobre la mujer, tuvo lugar el 19 de junio al 2 de julio de 1975, y se celebró en Ciudad de México. Esta fue también la primera que se centraba únicamente en cuestiones de la mujer (de ahí su nombre) y estableció un punto de inflexión en las directivas políticas. Entre sus objetivos se resaltaron tres: conseguir una verdadera igualdad de género y eliminación de discriminación por razón de este, fomentar la participación de las mujeres en el desarrollo y una mayor contribución de las mujeres a la paz mundial. Postula el Primer Plan de Acción Mundial cuyas consecuencias provocaron la instauración del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM)<sup>16</sup>; y cuenta con un amplio conjunto de directrices para el progreso de las mujeres hasta 1985.

---

<sup>15</sup> Naciones Unidas ha organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

<sup>16</sup> Fondo constituido por la ONU para la protección y para promover los derechos de las mujeres para acabar con la violencia y discriminación ejercida sobre este género.



Es también considerada como Conferencia Mundial del Año Internacional de la mujer, ya que la ONU en su Resolución 3010 (XXVII)<sup>17</sup> en 1972, proclamó como tal al año 1975 (año de esta Conferencia).

A su vez la decisión de esta proclamación por la Asamblea General fue motivada tanto por el eficaz trabajo realizado a lo largo del siglo XX por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, como por la Resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General en la que se encontraba la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, con fecha en 1967, declaración cuya repercusión provocó la elaboración de un Tratado Internacional en 1979 que es considerado como el documento jurídico más importante en la lucha sobre todas las formas de discriminación de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujeres (CETFDKM)<sup>18</sup>. Este fue un paso reseñable a la hora de la reglamentación de las políticas públicas en favor de la mujer, de ahí que se considere el más importante en esta materia.

### 2.1.2. *II Conferencia.*

La segunda Conferencia sobre la mujer se celebró en Copenhague del 14 al 30 de julio de 1980, con la pretensión principal de examinar los avances realizados hacia el cumplimiento de los objetivos de la I Conferencia, especialmente en el terreno de educación, salud y empleo. También ha sido denominada como Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer.

### 2.1.3. *III Conferencia. Estrategias de Nairobi.*

La tercera Conferencia fue la Conferencia Mundial para el Examen y Evaluación de los Logros del Decenio para la Mujer. Esta tuvo lugar en Nairobi del 15 al 26 de julio de 1985. A pesar de la celebración de las dos primeras Conferencias y sus consecuencias prácticas en los Estados, los objetivos del Primer Plan no se habían alcanzado. Estas circunstancias provocaron la celebración de esta III Conferencia y la adopción de las Estrategias de Nairobi orientadas al futuro, a través de las cuales se establecían las medidas que deberían adoptarse para lograr la igualdad de género a nivel nacional y promover,

---

<sup>17</sup> Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General núm. 3010. Año Internacional de la Mujer. XXVII Periodo de sesiones. 18 de diciembre de 1972. p 73.

<sup>18</sup> Abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por España por Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 (BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

fomentar, el papel de la mujer en el ámbito de participación en las iniciativas de desarrollo y de paz (que como se puede recordar, eran objetivos del Plan de la I Conferencia).

#### 2.1.4. *Entre III y IV. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.*

Entre la tercera y cuarta conferencia de la ONU, en el ámbito internacional sobre esta materia cabe hacer mención a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer que fue aprobada por la resolución 48/104<sup>19</sup>. Con esta se subraya que fue en la esfera internacional donde comenzó a diferenciarse la violencia ejercida contra las mujeres de las violencias sufridas por el resto de familiares (separación dentro del ámbito familiar, la violencia ejercida sobre la mujer), ya que en esta declaración se define la violencia contra las mujeres como: “todo acto, omisión, conducta dominante o amenaza que tenga o pueda tener como resultado el daño físico, sexual o psicológico de la mujer”<sup>20</sup>. Y es en la cuarta y última conferencia donde se define por primera vez el término “violencia de género” (traducción, recordemos, de *gender violence*) como: todas las agresiones sufridas por mujeres por el mero hecho de serlo.

#### 2.1.5. *IV Conferencia. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*

La IV Conferencia marcó un importante punto de inflexión para la concepción mundial de igualdad de género. Tuvo lugar del 4 al 15 de septiembre de 1995, en Beijing, China. Se basó en los acuerdos políticos llevados a cabo en las tres conferencias mundiales celebradas y mencionadas anteriormente y consolidó avances jurídicos cuyo objetivo era conseguir la igualdad entre hombre y mujer tanto en la teoría (mediante las leyes) como en la práctica (ajustándolo al día a día de la sociedad). En ella nació la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing<sup>21</sup>, programa en virtud del cual se establecía el empoderamiento de la mujer cuyas pretensiones estratégicas y medidas iban dirigidas a ese progreso y definitivo logro de la igualdad entre ambos sexos. Esta Declaración está considerada como el proyecto más progresista para avanzar en los derechos de las mujeres.

En cuanto al tratamiento de la violencia contra la mujer, en su Anexo I sobre la Declaración de Beijing, establece en su punto n° 29, como objetivo de esta: “prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas”, en el Anexo II, en la Plataforma de Acción, se aborda el tema expresamente: “La expresión “violencia contra la

---

<sup>19</sup> Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

<sup>20</sup> Artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer 1993.

<sup>21</sup> Adoptada de forma unánime por 189 países.

mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado real o posible un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada (se puede observar la similitud con esta definición en el apartado tercero del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004)<sup>22</sup>. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas: a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes y el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica a nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”

Con esta definición, la Plataforma de Acción establece unas líneas que deben seguir los gobiernos como medios de protección contra este tipo de violencia<sup>23</sup>, en concreto se establecen apartados hasta la letra s). Entre estas se pueden encontrar: en el apartado a) la medida de condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración de carácter religioso para eludir las obligaciones con respecto a su eliminación, que figuran en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; en el apartado b) se habla de la medida de no cometer actos de violencia contra la mujer y tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y de conformidad con las leyes nacionales en vigor, castigar los actos de violencia contra la mujer, ya hayan sido cometidos por el Estado o por particulares; y medida del apartado c): introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad.

Desde esta IV Conferencia, los gobiernos han traspuesto las promesas de la Plataforma de Acción en sus propios ordenamientos. Aunque no solo las mejoras

---

<sup>22</sup> Artículo 1.3: 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 la libertad.

<sup>23</sup> Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Plataforma de acción. Capítulo IV: Objetivos estratégicos y medidas, pp. 54-56.

emprendidas en la vida de las mujeres han ido de la mano de los gobiernos, sino que también la sociedad civil y el público en general han jugado su papel en conseguir tales mejoras.

La IV Conferencia marcó un antes y un después, creció notablemente el número de mujeres que ocupaban cargos políticos, además nunca tantas mujeres habían contado con la protección jurídica contra la violencia de género ni vivido al amparo de constituciones que garantizan esa igualdad de género a la que nos estamos refiriendo constantemente.

Concretamente en España, la Ley Orgánica 1/2004 ya señala en su exposición de motivos la importancia de esta: “La ONU en esta cuarta Conferencia reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La define en sentido amplio como una consecuencia y genuina manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre ambos sexos. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de las condiciones socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”.

También es relevante como influencia internacional en el tratamiento de esta materia la Resolución WHA49.25, de 25 de mayo de 1996, de la Asamblea Mundial de la Salud, en la cual se reconocía que la violencia era un problema prioritario de salud pública (proclamada en 1996 por la Organización Mundial de la Salud).

## **2.2. El Convenio de Estambul.**

Otro instrumento internacional relevante en esta materia es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, conocido como Convenio de Estambul por haberse elaborado en dicha ciudad. Este Convenio, a diferencia del resto de instrumentos mencionados, fue elaborado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004) en Estambul y ratificado por España en 2014<sup>24</sup>, lo que provocó una reforma en 2018 de la Ley Orgánica 1/2004 para adecuarse a este Convenio<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ratificado por España el 6 de junio de 2014 (BOE, núm. 137, de 6 de junio de 2014).

<sup>25</sup> Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, publicado en el BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.

Entre sus objetivos establece “proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; [...]”. Se diferencia así por un lado violencia contra la mujer y violencia doméstica.

En el artículo tercero define violencia contra la mujer y violencia doméstica:

-violencia contra la mujer: se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

-violencia doméstica: “[...] se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguas o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.”

A partir de ambas definiciones se puede apreciar la diferencia con la Ley Orgánica sobre esta materia en nuestro ordenamiento. En este Convenio, aunque la mujer juegue un papel protagonista, no se peca de imprecisión o impropiedad a la hora de denominar los diferentes tipos de violencia, ya que diferencia perfectamente los casos en los que la víctima solo es la mujer (violencia sobre la mujer) o la víctima puede ser indistintamente el hombre o la mujer dependiendo del supuesto de hecho (violencia doméstica). En cambio, aunque la Ley Orgánica 1/2004 mencione también la violencia doméstica, la incluye como “clase” o “tipo” de manifestación de la violencia de género (identificando esta como violencia sobre la mujer).

Con esto no se trata de decir que cuando se habla de violencia sobre la mujer no hay una razón de género detrás. De igual modo lo establece este Convenio en su preámbulo en el párrafo nº 11: “Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”; y en su párrafo nº 14: “Reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada

---

Convalidado por el Congreso de los Diputados, en su sesión del día 13 de septiembre de 2018 (BOE núm. 228, de 20 de septiembre de 2018).

en el género”, entre otros, además de en la propia definición de violencia en contra de la mujer en su artículo tercero.

La conclusión que se obtiene de esto es que violencia en contra de la mujer y violencia de género (que es como denomina la Ley Orgánica 1/2004 a todo tipo de violencia sobre la mujer) no significan lo mismo, violencia contra la mujer es un concepto más amplio que el de violencia de género.

En el concepto violencia contra la mujer podríamos incluir todos los actos de violencia llevados a cabo contra las mujeres; pero cuando detrás de la palabra violencia se incluye “género” solo se podría considerar como tal a aquellos actos que se derivan de la subordinación estructural existente, es decir, que resulta como “manifestación de la situación de desigualdad y discriminación y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, aunque como ya se ha señalado la violencia sobre la mujer está basada en el género.

Considerada esta precisión en el ámbito comunitario a la hora de denominar este tipo de delitos, cabría plantearse una posible reforma en nuestro ordenamiento en torno a su denominación ya que, aunque haya una razón de género detrás, no es del todo correcto denominarla como tal.

### **3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA.**

El delito calificado como violencia de género no ha existido siempre como hoy lo conocemos. El motivo es la presencia de esa subordinación de la que se ha venido hablando, de esa relación de poder que ha existido siempre entre el hombre y la mujer.

Se podría trazar la evolución del tratamiento penal de la violencia de género tomando como referencia la atención prestada a la situación social de la mujer a lo largo del s. XX, y diferenciando dos momentos: antes y después de la Constitución de 1978.

#### **3.1. Hasta la Constitución de 1978**

##### *3.1.1. Contexto histórico y papel de la mujer.*

La Constitución de 1931, promulgada en la II República española, reconocía la igualdad entre la mujer y el hombre y también le reconocía a esta: derechos que hasta el momento no se le habían reconocido, como era el derecho al voto. Todo esto fue suprimido con la instauración del régimen franquista en 1939 (aunque el Estado de la Nación fue creado en 1938). El tratamiento a la figura de la mujer dio un paso hacia atrás debido a las leyes y fueros promulgados durante este régimen, en virtud de la cual se suprimieron los derechos que aquellas habían ganado y se las excluyó de todo tipo de actividades, asignándoles un papel sumiso respecto al hombre. Una mujer debía cumplir un rol: sumisión, “estar guapa” para el marido, debe saber comportarse, así como complacer al marido en todo.

Se instauró un Estado confesional a través de un control social exhaustivo cuyo eje central fue la mujer. Con el nuevo régimen, moralidad, Iglesia y familia pasarían a formar los pilares fundamentales de la sociedad, y la mujer sería el núcleo de su política moralizadora. La mujer sufrió una fuerte censura represiva que contribuyó a su marginación social a través de ideas que defendían la inferioridad femenina.

En esta época, uno de los primeros fueros promulgados fue el Fuero del Trabajo de 1938<sup>26</sup> donde se suprimía a las mujeres determinados derechos como por ejemplo: las que estuvieren casadas no tenían derecho al mercado laboral, solo podían trabajar las solteras o

---

<sup>26</sup> Una de las ocho leyes fundamentales del régimen franquista, elaborada por Franco en 1938 antes de terminar la Guerra Civil. Publicado en el BOE núm. 505, de 10 de marzo de 1938.

viudas sometidas a los varones. Así disponía: “En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo y liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica”<sup>27</sup>.

### 3.1.2. Código Penal de 1944.

El Código Penal de 1944<sup>28</sup> ya reflejaba también esa posición sumisa de la mujer con diferentes tipos delictivos como era el uxoricidio en el art. 428<sup>29</sup>, el cual disponía lo siguiente: “el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves será castigado con la pena de destierro”. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará, exento de pena” esta regla refleja cómo algún tipo de lesión entendida como no grave ejercida sobre la mujer teniendo por causa el adulterio quedaría exenta de consecuencia penal, dando a entender una “aparente normalidad” de la comisión de tal lesión por parte del marido. Siguiendo este artículo, establece: “estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”. En este apartado se ve de nuevo esa subordinación de la mujer al hombre, al padre si no está casada y al marido si lo está. Este precepto estuvo en vigor hasta la revisión del Código Penal en 1963.

En cuanto al delito de adulterio, por un lado el artículo 449<sup>30</sup> establecía que “El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que está casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”. Por otro lado, el artículo 452 disponía que “el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor. La manceba será castigada con la misma pena o con destierro”.

Observando ambos artículos se ve cómo dependiendo si lo cometía un hombre o una mujer tenían que concurrir elementos diferentes para hablar de adulterio. La mujer casada comete adulterio por yacer una vez con persona que no sea su marido. El marido no lo comete por yacer una o muchas veces con mujeres que no sean su esposa. Para que el marido merezca la misma pena ha de tener manceba (palabra de uso medieval, como el

---

<sup>27</sup> Título segundo, apartado primero. Fuero del Trabajo (1938).

<sup>28</sup> Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944 (BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945).

<sup>29</sup> Artículo 428, Capítulo V, Título VIII “De los delitos contra las personas”. Libro II “Delitos y sus penas”.

<sup>30</sup> Artículo 449, Capítulo VI, Título IX “De los delitos contra la honestidad”. Libro II “Delitos y sus penas”.



mismo concepto), o dentro de la casa conyugal (supuesto de hecho difícil), o notoriamente (apreciando que este adverbio puede dar lugar a una confusa interpretación) fuera de ella. La conclusión a la que se llega con este análisis es que: vista esta distinción en la tipificación del adulterio, sería prácticamente imposible que se diera un caso de adulterio por parte del hombre y muy fácil que se diera en caso de que el sujeto activo fuera la mujer, a la que se la exige una sola falta<sup>31</sup>. Ambos preceptos señalados estuvieron en vigor hasta la reforma del 26 de mayo de 1978<sup>32</sup>.

A su vez el artículo 583<sup>33</sup> disponía que serían castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y reprensión privada. 1.º Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales ni exijan asistencia facultativa 2º Los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no las causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior 3º A las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos”. Con esta disposición observamos en primer lugar su calificación como falta (es decir, calificación de tal delito como de menor gravedad) y de ahí la insignificante pena que supondría el maltrato entre cónyuges, calificándolo entonces como un suceso de escasa importancia; y en segundo lugar, la diferencia que se establece entre el hombre y la mujer.

Se impone la misma pena en el caso de que el hombre lesionara a la mujer extendiendo el delito únicamente a que también estarían dentro de este tipo delictivo los maltratos que conllevaran o no asistencia facultativa o que impidieran o no el ejercicio de sus labores habituales (que en este caso serían las tareas del hogar ya que, en virtud del Fuero del trabajo, la mujer casada no podía estar dentro del mercado laboral); y a su vez la misma a la mujer si lo hiciera e incluso también si ese maltrato fuere de palabra, tipo no incluido en el apartado 2º respecto a los maridos, que aunque pudiera incluirse por analogía (que no podría ser el caso, ya que en este texto imperaba el principio de legalidad y la prohibición de analogía), este maltrato hacia la mujer, al no haberlo especificado en ambos apartados se puede apreciar de nuevo ese machismo y subordinación femenina de fondo, dando a entender tanto que el hombre podría insultar a la mujer maltratándola verbalmente como que este merece más respeto que ella.

---

<sup>31</sup> Álvarez Álvarez, José Luis: “El adulterio ante la ley”. *El País*. 24 de noviembre de 1976.

<sup>32</sup> Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

<sup>33</sup> Artículo 583, Título III “De las faltas contra las personas”, Libro III “De las faltas y sus penas”. Código Penal 1944.

En estos ejemplos se ve el margen diferente que se otorgaba y el tratamiento distinto a uno y otro cónyuge por razón de su sexo.

En este último precepto, el artículo 583, no se trataba el tipo penal de maltrato y lesiones entre cónyuges de manera diferente que el Código Penal de 1932, proclamado en la II República, que preveía el mismo tipo de pena para los mismos supuestos de hecho, al disponer en su artículo 578 que: “serán castigados con la pena de cinco a quince días de arresto o represión” (de nuevo penas insignificantes, considerándose faltas, no delitos): 1º Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido [...] 2º Los maridos que maltrataren a sus mujeres [...]. El artículo 583 del Código Penal de 1944 es la mera trasposición del artículo 578 del Código Penal de 1932, lo cual quiere decir que independientemente de que las mujeres en uno u otro régimen, el republicano y el franquista respectivamente, contaran con más o menos derechos, seguían encontrándose en una posición inferior. Este artículo estuvo en vigor hasta la reforma urgente parcial del Código Penal del 25 de junio de 1983<sup>34</sup>.

### **3.2. La publicación de la Constitución de 1978.**

#### *3.2.1. Avances en el ámbito social antes de las sucesivas reformas jurídicas.*

En 1973, como antecedente muy relevante para el tratamiento penal de la violencia de género, encontramos la creación de la primera asociación de mujeres separadas legalmente en España, que incluía programas de atención a las mujeres víctimas de malos tratos. Nació como asociación que aportaba asesoramiento jurídico para las mujeres y así es como va saliendo a la luz esa realidad hasta entonces “oculta” en el ámbito privado, la violencia de género.

Esta Asociación fue la base para la posterior constitución de la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, fundada en 1989, que es una organización española, pionera y muy relevante en la defensa de los derechos de las mujeres, de sus respectivos hijos y en la lucha para la erradicación de la violencia de género. A su vez, esta Federación en 1991 inició un programa de Recuperación integral para Mujeres, Niños y Niñas víctimas de violencia machista, el cual desarrollaba un programa multidisciplinar de larga duración y bajo una perspectiva de género.

---

<sup>34</sup> Carrascosa Miguel, Ana M.: *Estudios sobre la violencia*. Tirant lo Blanch, 2011. P. 57.

### 3.2.2. *La evolución del tratamiento penal*

Aunque a continuación se expongan las sucesivas leyes orgánicas de reforma del CP vigente en cada momento, hay que diferenciar para el tratamiento de la evolución penal la existencia de dos: el CP de 1973 y el de 1995.

El primero ha sido reformado en tres ocasiones: en 1978, 1986 y 1989, todas ellas con el objetivo de adecuarlas al nuevo Estado de Derecho, de fomentar uno de los valores fundamentales de este: la igualdad, en este ámbito, enfocada al tratamiento igualitario entre ambos sexos. Además, estas reformas se iban dando como resultado del cambio social a la hora de concebir la violencia dentro del ámbito doméstico, que cada vez ocasionaba mayor alarma social, aunque no se hablaba todavía de “violencia de género”.

El segundo, en materia de violencia doméstica se fueron añadiendo supuestos de hecho y sujetos pasivos de este delito. Se reformó en tres ocasiones, la primera en 1999 y las dos siguientes en 2003 antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, que fue la Ley pionera en concebir que existía una violencia específica, dentro de esa violencia doméstica, por razón de género.

### 3.2.3. *Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.*

Tras la muerte de Franco, el 20 de noviembre de 1975 Juan Carlos I sería proclamado rey de España, iniciándose así la democracia. Hasta 1977, con la Ley de Reforma Política<sup>35</sup>, seguían existiendo estructuras del régimen franquista, aunque la dictadura ya hubiera terminado.

Con esta Ley, se procedió a la eliminación de sus últimos vestigios desde un punto de vista jurídico. Se suprimieron las cortes franquistas sustituyéndolas por unas nuevas Cortes constituidas por el Congreso de los Diputados y el Senado y se permitió la convocatoria de unas nuevas elecciones democráticas.

Las leyes, objetivamente, tienen la función de regular los problemas que se den en la realidad de cada momento y deben ir evolucionando simultáneamente con la sociedad.

Lo que ocurría con la subsistencia de la tipificación del adulterio en esta época de transición es que en vez de regular o terminar con un problema, lo creaba<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (BOE núm. 4, de 5 de enero de 1977).

<sup>36</sup> Álvarez Álvarez, José Luis: “El adulterio ante la ley”. *El País*. 24 de noviembre de 1976.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, el 29 de diciembre de 1978, como consecuencia del contexto histórico en el que se encontraba España y de la existencia de cierta polémica por la regulación del adulterio en el Código Penal y su consideración de que tal tipificación respondía a una normativa anticuada e impropia en ese momento, se promulgó la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

Esta Ley en su artículo primero establece la derogación de los artículos 449 a 452 del Código, con la subsiguiente supresión del capítulo VI, del Libro II, que lleva como rúbrica la expresión “adulterio”.

Así pues, se da un paso hacia delante en el camino hacia el tratamiento igualitario entre ambos sexos, reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos primero y segundo.

#### *3.2.4. Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.*

Esta Ley Orgánica<sup>37</sup> responde a la necesidad de una reforma urgente del Código Penal como consecuencia de la promulgación de la CE de 1978<sup>38</sup>, ya que el código penal debía estar adaptado al nuevo Estado de Derecho.

El artículo 1.1 de la CE establece que “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. A la vista de este precepto es obvia la necesidad de reforma del artículo 583 del CP vigente en su apartado segundo y tercero, cuyo contenido violaba claramente uno de los valores superiores enumerados: la igualdad.

Pues bien, con esta Ley se suprimen tales apartados que quedan sustituidos por un único apartado que dispone lo siguiente: “2. el que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no les causare lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior”.

---

<sup>37</sup> Publicada en el BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983.

<sup>38</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

### 3.2.5. Ley Orgánica 3/1989, de 29 de junio, de actualización del Código Penal.

Fue el 1989 cuando el problema de la violencia en la pareja adquirió una dimensión pública en el Estado español. En la legislación española el Derecho penal de género ha ido cobrando mayor protagonismo con la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal<sup>39</sup>, aunque el legislador decidió tipificar como delito ese maltrato tratado en el artículo 583, lo hizo siguiendo el modelo de una violencia doméstica dentro de la cual no se agrupaban claramente los diferentes tipos de violencia que pudieran darse en: relaciones afectivas, conyugales, paternofiliales... Introdujo el artículo 425 donde señalaba que “el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. Esta introducción se justifica en la propia exposición de motivos en la necesidad de dar la atención (que hasta entonces era deficiente) a los miembros más físicamente débiles dentro del ámbito familiar. Se convertía así en delito de violencia familiar (cuando concurriera el elemento de habitualidad) lo que era una serie de agresiones que a su vez constituían una serie de faltas si se iba considerando individualmente cada una.

Pero este modelo legislativo fue un auténtico fracaso. Las razones de este fracaso obedecían al alejamiento de la realidad, cuando el objetivo de esta ley era el contrario. Por ejemplo, el legislador proponía con esta actualización del Código erradicar la violencia de pareja concentrando el bien jurídico protegido en la paz familiar. Además, solo habla de violencia física, no abarca la psíquica, tan común y tan grave como la física y muy a menudo coincidente<sup>40</sup>. Tampoco abarcaba situaciones en las que la violencia se cometiera entre excónyuges o exparejas y dejaba el elemento de “habitualidad” a libre apreciación judicial, limitándose a ser medido cuantitativamente<sup>41</sup>. Esto en la práctica se reflejaba en la exigencia de interposición de denuncia para valorar las faltas concurrentes, que tenían que ser más de tres y, además, prescindían de su toma en consideración, interrumpiéndose su cómputo, si las faltas denunciadas eran objeto de un juicio en condena, para no infringir el principio de *non bis in idem*<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Publicada en el BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

<sup>40</sup> *Vid.* Circular 2/1990, de 1 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

<sup>41</sup> Maqueda Abreu, María Luisa: “1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en Hoyos Sancho, Montserrat de, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p.41.

<sup>42</sup> Cuenca García, María José. “La violencia habitual en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4. 1998, p 653.

### 3.2.6. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

También como consecuencia del fracaso de la Ley Orgánica 3/1989, se encontró el legislador ante la necesidad de un nuevo CP. Con esta Ley se estableció un Código que reflejaba y se adaptaba a la realidad social y jurídica actual, adaptada a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Se reguló lo que se había legislado anteriormente en el artículo 425, pero ahora en el artículo 153, disponiendo que “el que normalmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

En virtud de este precepto podemos observar varios cambios en el tratamiento penal tanto en su aspecto formal como material.

En su aspecto formal, se observa que ya las penas no son de arresto mayor o menor, que se habían considerado anticuadas, ahora las penas no se denominan como tal, simplemente se establece la duración de la pena especificando si es privativa de libertad, pecuniaria (multa) o consistente en trabajos para el beneficio de la comunidad.

En su aspecto material, se amplía el círculo de personas que pueden llegar a ser víctimas de este delito de violencia familiar. Es significativa la inclusión de los ascendientes y también se aprecia el aumento de la pena. Además, en el tipo delictivo: se sigue potenciando el elemento de concurrencia necesaria para completar el tipo, la habitualidad, y se refuerza la idea de que el bien jurídico protegido es diferente al de la integridad física, a pesar de que se ubica en el Código dentro de los delitos de lesiones<sup>43</sup>.

Este nuevo Código Penal ha sufrido reformas en orden a esta materia con las sucesivas leyes orgánicas tratadas en los subepígrafes siguientes.

---

<sup>43</sup> Carrascosa Miguel, Ana M. *op. cit.*, p. 58.

3.2.7. *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

El resultado de la Ley Orgánica de 1989 fue la falta de aplicación por parte de los Tribunales de los tipos penales referidos a esta violencia dentro del ámbito de la familia, que garantizó la impunidad de los agresores y la desprotección de las víctimas.

Este tratamiento penal de la violencia dentro del ámbito familiar fue denunciado por la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, alegando que existía un problema de interpretación tanto de los preceptos del Código como de sus “vacíos” o silencios en este supuesto delictivo. Animaba a los fiscales a actuar “supliendo con su investigación las deficiencias de prueba”<sup>44</sup>.

En 1999, el Consejo General del Poder Judicial encargó un estudio sobre cinco mil resoluciones cuyo resultado aportó los siguientes datos estadísticos: el 70% de denuncias se tramitaban como falta, no como delito. Además, dentro de ese 70% solo el 60% de ellas acababan en juicio, ya que el otro 40% no acudían a la vista ya que habían transcurrido dos o tres meses. Pero de ese 60% todo terminaba en absolución.<sup>45</sup>

Así, en los diez años siguientes a la entrada en vigor de la Ley de reforma de 1989, un delito conocido por todos hasta el punto de ser capaz de generar una relevante alarma social apenas estaba perseguido ni castigado penalmente. Los medios de comunicación lo subrayaron.

Se apreció la necesidad de una consideración penal más seria, sobre todo a raíz del asesinato de Ana Orantes en 1997<sup>46</sup>, que vino a poner de manifiesto la inapropiada respuesta legal ante la violencia en una relación de pareja. Esta muerte provocó una reacción social reflejada en manifestaciones y declaraciones que siguieron el caso y que se encontraban en ámbitos diferentes y que a su vez abrieron camino para nuevas reformas legales.

Todas ellas iban encaminadas a “dar respuesta a la situación de violencia que sufren muchas mujeres y a la demanda social provocada por esta violencia”, tal como declaraba el

---

<sup>44</sup> *Vid.* Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, de 24 de octubre, p 41.

<sup>45</sup> Comas, 2004. *El País*. 12 de diciembre, p. 36.

<sup>46</sup> Caso Ana Orantes”: SAP Granada 16/12/1998. Es el caso emblema de la violencia de género. En 1997 una mujer denunció su situación de malos tratos en un programa de televisión y a los pocos días fue asesinada en la puerta de su casa por su marido. Resultó ser el primer caso denunciado públicamente; por esta razón, marca un antes y un después en el tratamiento mediático y jurídico de este fenómeno social.

Gobierno en el momento de elaborar el primer Plan de Acción contra la violencia doméstica en 1998.

Una de estas reformas se materializó en la Ley Orgánica 14/1999<sup>47</sup>, que tiene una relevancia especial. Es el claro reflejo de la evolución social a la hora de concebir los casos de violencia de género y doméstica que, aunque siempre hubieran existido, nunca habían recibido tanta atención.

En su exposición de motivos, hace referencia al Plan de Acción contra la violencia doméstica constituido en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros del 30 de abril de 1998, con el cual se previeron una serie de reformas legislativas con la pretensión de modificar tanto el Código Penal, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para erradicar las conductas delictivas consistentes en malos tratos y para aumentar el grado de protección a las víctimas de tales conductas.

Por un lado, la modificación dentro del Código Penal se circunscribía a los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620.

La modificación de estos preceptos, refleja la innovación de esta reforma. En primer lugar, la inclusión de la pena de no aproximación a la víctima por parte del sujeto activo (artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105 y 132); en segundo lugar, la tipificación de la violencia psíquica ejercida sobre las personas próximas, es decir, se produce una ampliación de la conducta típica (artículos 153, 617 y 620); en tercer lugar, hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas. Al mismo tiempo, se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

Además, se incluyen como posibles sujetos pasivos del delito de violencia doméstica las personas que hubieran estado unidos por relación de matrimonio o por análoga relación de afectividad, aunque al cometerse el delito esa relación se hubiera roto (supuestos de separación, divorcio...). Con ello se daba la respuesta legal que los Tribunales necesitaban ya que era precisamente en el momento de la ruptura cuando se incrementaban notablemente las acciones violentas y al no estar contemplado el supuesto de hecho en el que fuera la expareja la que cometiera el delito no podía abordarse con este mismo tipo delictivo.

Se perfeccionará el elemento de habitualidad, incluyendo en el mismo artículo lo que debe entenderse por tal, así queda redactado el artículo 153 del código tras la reforma de esta

---

<sup>47</sup> Publicada en el BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.



Ley en virtud de su artículo 2.1: “para apreciar la habitualidad [...], 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 mismo artículo y de que los actos violentos hayan sido objeto o no de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

La regulación del complejo concursal permite finalmente la independencia del tipo frente al concreto delito de lesiones<sup>48</sup>.

Por otro lado, con este Plan de Acción, no solo se reforma el Código, sino que también la LECr, en concreto sus artículos 13 y 109; además, se introduce el artículo 544 bis. Este último artículo referido a esa nueva pena incluida de no aproximación, exponiendo que: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez [...] al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar [...]. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares [...]” (artículo 3.8 Ley 14/1999).

En conclusión, con esta Ley, se cambia y amplía la misma definición de violencia, incluyendo en tal concepto las agresiones leves y ocasionales. Antes de que la Ley Orgánica 11/2003 las declarara perseguibles como delito y no simplemente como falta, era relevante ya el esfuerzo institucional por incluirlas bajo el concepto de violencia de género, siguiendo la tendencia general del feminismo por hacerlo extensivo a cualquier agresión contra la mujer.

### *3.2.8. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*

Otra de las sucesivas reformas realizadas en nuestro vigente Código Penal es la llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003<sup>49</sup>. En 2003 y 2004 se produce una ampliación de los delitos de género, siendo dispersados por diferentes zonas del Código Penal: lesiones, delitos contra la integridad moral, amenazas, coacciones<sup>50</sup> (concretados en el Capítulo 1). Esta Ley de 2003 cambia la ubicación en el Código del delito de violencia habitual y lo sitúa en el 2º apartado del artículo 173. En dicho artículo se ampliará de nuevo el número de los

---

<sup>48</sup> Carrascosa Miguel, Ana M. *op. cit.*, p. 59.

<sup>49</sup> Publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>50</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, de Monge Fernández, A. y Parrilla Vergara, J. *Mujer y derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2019, p.101.

posibles sujetos pasivos de tal tipo penal, ya que se refería a toda persona que pueda incluirse en una relación de parentesco o análoga (hermanos, tutelados, cuartelados, acogidos...).

En el artículo 153, se tipifica como delitos aquellas conductas de lesiones leves, maltrato de obra, amenazas leves llevadas a cabo con armas o algún otro instrumento peligroso, que hasta entonces eran conductas que constituían meras faltas, siempre y cuando sean cometidas contra alguno de los sujetos expuestos en el apartado segundo del artículo 173.

Con la Ley Orgánica 11/2003 el concepto que se llevaba tratando de violencia pasa a tener un carácter omnicomprensivo. Fue a partir de su ampliación a los malos tratos y a las amenazas leves con armas en el ámbito familiar, doméstico. Una improvisada predicción del Consejo General del Poder Judicial, conocida un par de años antes, sirvió de coartada al legislador penal para valorar esos hechos, por poco importantes que parecieran, como el origen de una violencia grave y continuada, que es lo que se trataba de combatir: “la experiencia [...] demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, solo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente, pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestando con el tiempo”.

*3.2.9. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Con la Ley Orgánica 11/2003 una vez más chocaron la ley penal y la realidad de la violencia de género, ya que uno de los efectos que provocó, del todo inaceptable, fue el de identificar a la mujer en la pareja como un ser vulnerable.

Fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre<sup>51</sup>, la que denunciaba este efecto victimizador.

En su exposición de motivos quedan enumeradas las modificaciones realizadas en la parte general del Código y que en materia de violencia doméstica venían referidas a las penas de alejamiento y de proximidad a la víctima, cuya duración máxima se ampliaba, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la prisión e incluso concluida la pena, para

---

<sup>51</sup> Publicada en el BOE núm. 283, de 20 de noviembre de 2003.

evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento.

Se añadió al artículo 48 del Código Penal un cuarto apartado el que cual se establecía la obligación de los jueces a imponer las medidas de los apartados anteriores del artículo siempre que se cometieran los delitos concretados en el artículo 57<sup>52</sup> y hubieran sido cometidos por alguna de las personas enumeradas en el segundo apartado del artículo 173<sup>53</sup>.

Por otro lado, el artículo 57, reflejaba en el primer párrafo de su primer apartado esa ampliación de la duración máxima de las prohibiciones de proximidad y comunicación con la víctima y la de volver al lugar donde se había cometido el delito o donde residiera la víctima si fueran distintos (prohibiciones enumeradas en los tres primeros párrafos del artículo 48 del Código). Antes de esta reforma la duración máxima que imponía este artículo era de cinco años, sin señalar otra cosa. Sin embargo, con la Ley Orgánica 15/2003 se preveía la “[...] imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave”. Por lo tanto, con esta reforma se trata a estas penas accesorias de forma más concreta diferenciando según la gravedad del delito, y en el caso de ser más grave, ampliar la duración de tal medida, no limitándola a cinco años.

Dentro de este primer apartado se refleja lo estipulado en la exposición de motivos, al añadir un segundo párrafo, que trata el supuesto en el que estas prohibiciones del artículo 48 fueran impuestas a un condenado a pena de prisión, en cuyo caso se fijarán de la siguiente manera por el Juez o Tribunal “lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión [...], si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave.” Además, se añade la posibilidad de simultaneidad de la que se hablaba en la exposición de motivos: “en este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.”

En este mismo artículo se añade un segundo apartado. Establece que los delitos enumerados en su primer párrafo, cometidos por cualquiera de los sujetos del artículo 173.2

---

<sup>52</sup> Delitos enumerados en artículo 57: delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

<sup>53</sup> Sujetos pasivos enumerados en artículo 173.2: cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad [...] o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos [...], 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, [...].

se les impondrá las medidas de: “la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

Se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones a través de medios informáticos o telemáticos.

*3.2.10. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

Como ya se ha expuesto, los años 2003 y 2004 legislativamente hablando son decisivos para el tratamiento de los delitos de género. Pero con esta Ley Orgánica se habla de una protección integral contra la violencia de género, ya no se habla de violencia familiar, tratada en las leyes orgánicas citadas. Ahora el bien jurídico protegido no es la paz familiar. Con esta ley se establece medidas de protección para el problema que plantea la situación de la mujer en nuestra sociedad. La situación de violencia de sufre por el mero hecho de ser mujer como resultado a la desigualdad existente entre ambos sexos.

El cambio más significativo experimentado por el objeto de regulación jurídica de esta materia lo ha sido desde esta Ley, el tránsito desde una perspectiva “intrafamiliar” a otra de “género”. Este cambio de perspectiva se refleja, desde un enfoque penal, en la previsión de figuras agravadas, para el caso de las víctimas mujeres, en el ámbito de las lesiones menos graves y malos tratos (no obstante, no en los habituales), así como en las coacciones y amenazas leves, separando aquéllas del resto de las víctimas mencionadas en el artículo 173.2 CP.

Cuando se emplea la calificación “violencia de género” lo que se pretende es imprimir a las conductas abarcadas un determinado sentido, así Alonso Álamo señala que: “La expresión [...] tiene [...] un radio de acción bien definido: se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico”.<sup>54</sup>

La violencia sufrida por la mujer responde a múltiples situaciones de consideración muy diversa. Se hace perceptible por ello la importante amplitud y pluralidad del fenómeno de

---

<sup>54</sup> Alonso Álamo, Mercedes. “Protección penal de igualdad y derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, p.27.

violencia sucedida en el entorno de la convivencia humana y en particular cuando la víctima es una mujer. La violencia es un término genérico y puede adquirir diferentes manifestaciones en su aparición en la convivencia: violencia física, psicológica, sexual e incluso económica.

A pesar de las críticas recibidas por esta ley es una ley necesaria. Tanto la violencia familiar como la de género han existido siempre, durante siglos se ha ejercido en el seno de la familia sin que ello provocara ningún tipo de reacción en el ámbito estatal, ya que se consideraba que los problemas dentro del ámbito familiar correspondían al ámbito privado.<sup>55</sup>

¿Por qué considerarla una ley necesaria? Hoy en día, la mayoría de las muertes que suceden en el ámbito doméstico tienen como víctima a la mujer. Esta Ley Orgánica responde a la necesidad de diferenciar la “violencia de género” dentro de la violencia intrafamiliar. Es un tipo. Podría hablarse ampliamente de la primera bajo el término “violencia doméstica” pero no sería del todo correcto.

Posteriormente se han llevado a cabo diversas reformas en relación al tratamiento penal de la violencia de género, la última en este mismo año. A ellas se hará mención en el apartado siguiente.

*3.2.11. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

La Ley Orgánica 1/2015<sup>56</sup>, introdujo algunos cambios en materia de violencia de género y doméstica, llevando a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que el Código Penal dispensa a las víctimas de este tipo de delito.

En primer lugar, incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio de Estambul, como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

La Sala Segunda del TS ha aplicado por primera vez el criterio sobre la agravante por razones de género prevista en el 22.4 del Código Penal para determinados delitos, en la STS 591/2019, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2019 y establece que no exige una intención específica (dolo) de querer humillar a la mujer, sino que basta que la situación sea

---

<sup>55</sup> Consejo General del Poder Judicial. Informe Violencia Doméstica (2001).

<sup>56</sup> Publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

humillante<sup>57</sup>. En el caso concreto, ratifican el aumento de la condena de 7 años y medio a 9 años de cárcel a un hombre que agredió sexualmente y golpeó a su expareja, y que alegaba que su ánimo era satisfacer sus deseos “libidinosos” pero no una dominación por razón de género.

Además, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, medida introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

Por otro lado, la desaparición de las faltas, y la adecuación de los tipos penales que ello comporta, no impide mantener la diferenciación en el tratamiento de los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. De este modo, aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso.

Otra previsión destacable en esta materia es la corrección que se introduce en materia de imposición de penas de multa, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar. Con carácter general, solo será posible la imposición de penas de multa en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común.

Por último, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se habían planteado problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado, tendentes a hacerlos ineficaces. Por ello, se tipifican expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.

---

<sup>57</sup> STS 591/2019, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2019, fundamento de derecho tercero, punto segundo.

## 4. LEY VIOLENCIA DE GÉNERO.

En este epígrafe se lleva a cabo un análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para la doctrina penal el mayor acierto de esta Ley es la perspectiva integral con que aborda el problema de violencia dentro de la pareja, pero a su vez, su mayor desacierto es haberse declarado como una ley de género, abandonando el ámbito y perspectiva doméstica de las anteriores propuestas y reformas legislativas (enumeradas en el capítulo precedente).

### 4.1. Consideraciones generales. Estructura y objeto.

La Ley se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. Algunos de los títulos a su vez se dividen en capítulos. No hay que olvidar que esta Ley Orgánica ha sufrido diversas modificaciones desde su entrada en vigor, a última tuvo lugar recientemente por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>58</sup>.

El Título I, “medidas de sensibilización, prevención y detección” (artículos 3 a 16), se divide en tres capítulos, cada uno refiriéndose a un ámbito de aplicación de tales medidas: educativo, de publicidad y medios de comunicación y sanitario. El Título II, “derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” (artículos 17 a 28), cuenta con cuatro capítulos dedicados a los derechos a la información, de asistencia social integral y de asistencia jurídica gratuita (capítulo I), los derechos laborales y de prestaciones de la Seguridad Social (capítulo II), los derechos de las funcionarias públicas (capítulo III), y los derechos económicos (capítulo IV).

Los títulos tercero, cuarto y quinto desarrollan la tutela institucional (artículos 29 a 32), la tutela penal (artículos 33 a 42) y la tutela judicial (artículos 43 a 72). Este último Título ~~de~~ se subdivide en varios capítulos donde se regulan los Juzgados de violencia sobre la mujer; diversas normas procesales civiles y penales, las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas y la de violencia contra la mujer.

A continuación, dado que la materia abordada es “Derecho Penal y violencia de género”, se tratarán más a fondo los apartados de la ley considerados con mayor relevancia jurídico-penal.

---

<sup>58</sup> Publicada en el BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

La Ley tiene como objetivo “[...] 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”, es decir, el objetivo es acabar con una violencia ejercida sobre un sujeto pasivo determinado, siempre mujer, “[...] por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”, siempre por parte de una persona con la que se haya mantenido o se mantenga una relación de afectividad similar a matrimonio, entrando aquí supuestos de hecho como son el noviazgo o las parejas de hecho, habiendo o no convivencia.

Un segundo objetivo, es el establecimiento de medidas de protección integral contra esta violencia cuya finalidad sea: “prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

A efectos de la Ley “violencia de género” es “[...] todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio ha incluido dentro del concepto de violencia de género aquella que “con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”. Es la denominada en la actualidad como violencia vicaria.

La LO 1/2004 avanza en los objetivos político-criminales que han orientado las reformas de los últimos años en relación con la violencia doméstica y el maltrato habitual: prestar especial protección a ciertas personas vinculadas al autor por vínculos familiares o afectivos similares, agravando la responsabilidad de la mayor parte de comportamientos dañosos para las mismas. Ello, hasta el punto de haber hecho desaparecer la categoría de las faltas de lesiones en relación con esos sujetos, dado que el margen de su gravedad sustancial, todos los comportamientos afectantes a los mismos pasan a ser siempre constitutivos de delito. Igualmente, quedan reducidas al mínimo las faltas de amenazas y coacciones sobre las personas del artículo 173.2. La novedad particular que supone esta LO 1/2004 es que destaca



especialmente, considerándolos más graves, a los comportamientos de este tipo que se producen sobre la mujer cuando los mimos son realizados por un hombre.<sup>59</sup>

#### 4.2. Tratamiento penal.

Como ya sea señalado, la tutela penal de la violencia de género se ve regulada en el Título IV de la Ley 1/2004.

Este Título cuarto cuenta con 11 artículos (artículos 33 a 42) y en los que se llevan a cabo modificaciones en materia de suspensión y sustitución de penas, protección contra determinados delitos (lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones y vejaciones leves) y en el delito de quebrantamiento de condena y se da un mandato a la administración penitenciaria en materia de intervención y a la hora de tomar determinados acuerdos.

En materia de suspensión de penas modifica el artículo 83.1 del CP, el cual indica las medidas que debía tomar el Juez o Tribunal en el supuesto de hecho de suspensión de penas para delitos relacionados con la violencia de género. Su deber consistía en: “condicionar en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previsto en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este precepto del CP.” Referidas a la prohibición de acudir a determinados lugares; a la prohibición de aproximación a la víctima o personas que también determine el Juez o tribunal; y a la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Este artículo 83 volvería a ser reformado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>60</sup> y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con la Ley Orgánica 1/2015, la obligación configurada en el apartado 5º pasa a estarlo en el apartado 6º, al cual el añade a esa serie de programa otros nuevos, que sí que tienen relevancia a la hora de regular la violencia de género: “[...] de educación de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares”.

---

<sup>59</sup> González Rus, Juan José: “La Constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, p. 484, en Carbonell Mateu, Juan Carlos (Coord.) *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cibi del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005.

<sup>60</sup> Publicada en el BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

Además, se modifican el apartado 1º y 2º, completándose. El apartado 1º<sup>61</sup>, con la modificación de 2015, cuenta con las dos prohibiciones anteriormente divididas en el 1º y 2º de la anterior redacción. Con esta Ley, este primer apartado dentro del 83.1 abarca: la prohibición de aproximarse a la víctima y a sus familiares y demás personas que determine el juez además de no comunicarse con ellos (antiguo apartado 2º); así como acudir a lugares (antiguo apartado 1º) sí determinados expresamente: lugar de trabajo, domicilio víctima, lugares frecuentados por esta, etc.

El apartado 2º<sup>62</sup> se refiere ahora a la prohibición de contactar con personas determinadas o grupos determinados, por considerar que estos podrían facilitarle la posibilidad de comisión de nuevos delitos.

Y el párrafo 5º dentro del art. 83.1, por su parte, ahora cuenta con una nueva redacción, la establecida en el antiguo (antes de la redacción de 2015) apartado 4º: “5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.” Ahora el apartado 4º abarca la 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”.

El artículo 83, sufrió una última modificación, con la Ley Orgánica 8/2021, que añadió, dentro del párrafo primero apartado 6º, nuevos programas de educación a los ya añadidos en la reforma de 2010: “[...]de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.”

En el artículo 34 la Ley Orgánica 1/2004, regula el supuesto de “Comisión de delitos durante un periodo de suspensión de pena”. Con este artículo, se modificaba el apartado tercero del artículo 84 del Código Penal<sup>63</sup>, el cual regulaba como resultado de esta

---

<sup>61</sup> Artículo 83.1.1ª. Código Penal. Redacción con la modificación de la Ley 1/2015: “1.ª 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. [...]”

<sup>62</sup> Artículo 83.1.2ª. Código Penal. Redacción con la modificación de la Ley 1/2015: “2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.”

<sup>63</sup> Artículo 84.3. Código Penal. Redacción con la modificación de la Ley 1/2004: 3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos [...] violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”

modificación el supuesto en el que: el sujeto al que se le hubiera suspendido la pena (por cometer delito relacionado con la violencia de género) no cumpliera las obligaciones estipuladas durante ese periodo de suspensión, siendo la pena suspendida la de privación de libertad. Establecía como consecuencia inmediata la revocación de tal suspensión.

Pero esta redacción de 2004 desapareció con la modificación realizada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, ya que esta, no solo es que suprimiera dentro del artículo el apartado tercero sino que cambió la materia tratada por este, ya que el legislador baraja en la nueva redacción: un nuevo supuesto de hecho en el apartado primero<sup>64</sup>, referente a la posibilidad de imponer nuevas condiciones para que se dé la suspensión de la pena: cumplimiento de acuerdo alcanzado en caso de mediación, pago de una multa o trabajos a favor de la comunidad; y establece en el apartado segundo, atendiendo a que la suspensión de la pena sea por un delito cometido sobre la mujer o alguno de los sujetos pasivos enumerados en el artículo 173.2. la siguiente norma: “[...] el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

En el artículo 35 se modifica la sustitución de las penas prevista en el artículo 88 del Código Penal en cuyo párrafo tercer se establecía que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito de esta clase, la pena de prisión solo podría sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad, además el Juez tenía la facultad de imponer la sujeción de este reo a programas de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las reglas previstas en el artículo 83.1. en sus apartados 1º y 2º (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos).

No obstante, este tratamiento de sustitución de penas en casos de violencia de género se modificó de nuevo en 2010, con la Ley Orgánica 5/2010, y este apartado tercero se completó. Ya no solo se podía sustituir la pena por trabajos en beneficio de la comunidad,

---

<sup>64</sup> Artículo 84.1. Código Penal: 1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna [...] de las siguientes [...]medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. 2.ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez [...]. 3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, [...].”

sino que también cabía otra opción de sustitución, consistente en la localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima<sup>65</sup>.

No obstante, en 2010 no fue la única reforma que afectó a este precepto, ya que con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se suprimió, siendo imposible entonces la sustitución de penas privativas de libertad en casos de violencia de género.

En el capítulo 1 ya se identificaron los delitos sí tipificados en el Código que pueden entrar dentro del concepto de delito de violencia de género, aunque no sean determinados como tal en él: el delito de lesiones y maltrato de obra, delito de coacciones, delito de amenazas y delito contra la integridad moral.

Aunque estos delitos sean los dispuestos en el Código de manera que diferencian el tratamiento penal en el caso de que el sujeto pasivo sea una mujer pareja o expareja del sujeto activo (pareja entendida como relación conyugal o análoga), otros delitos entrarían dentro, así los delitos contra la libertad sexual o privación arbitraria de libertad (así lo establece el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004).

La Ley introdujo en un primer momento normas de naturaleza penal, mediante las que se pretendía incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produjera contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigaron como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la sociedad en general, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quería dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.

El Título IV de la Ley regula expresamente el tratamiento penal para los cuatro delitos citados en el articulado de este título, a través de estos preceptos modifica los del propio Código, pero hay que tener en cuenta que a su vez estos tipos desde 2004 han sido nuevamente reformados. Estos son los preceptos 36, 37, 38, 39 y 41 de la Ley 1/2004, abordan la protección de las víctimas de violencia de género en los diferentes delitos que pueden ser considerados como tal.

---

<sup>65</sup> Artículo 88.1. párrafo tercero

El artículo 36, aborda la protección contra las lesiones, modifica el artículo 148 del código penal relativo a este delito de lesiones se establece un tipo agravado en el caso en el que el sujeto pasivo del delito de lesiones “fuera esposa mujer [...]”, ya que para el tipo básico del delito de lesiones (artículo 147.1.) se establece una pena de privación de libertad de tres meses a tres años con opción también de que la pena pueda ser una multa, posibilidad no contemplada en este tipo. Este artículo fue posteriormente reformado por la Ley 1/2015, pero no afectó a la regulación de la violencia de género.

El artículo 37 por su parte aborda la protección contra los malos tratos, por el cual se modificó el artículo 153 del CP, precepto regulador de la violencia psíquica o violencia física de menor gravedad (a la que no se le podría aplicar el tipo del 148.4). En relación con la violencia de género, este precepto impone una pena mayor en su apartado primero, pena de privación de libertad de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, para el caso en que el sujeto pasivo “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, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor [...]”. En cambio, en el apartado 2º, contemplando el caso de que el sujeto pasivo fuera de los enumerados en el artículo 173.2, se impondría una pena de privación de libertad inferior, de tres meses a un año o de, como en el caso precedente, en trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

En cuanto a la protección de las amenazas, a este delito se refiere el artículo 38, el cual añadió al artículo 171 del Código los apartados 4º, 5º y 6º. El apartado cuarto establece el tratamiento cuando la víctima es mujer disponiendo: “el que de modo leve amenazare a quien sea o haya sido su esposa [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días”.

Por último, el artículo 39 se refiere a la protección frente a las coacciones cuando el sujeto pasivo es una mujer con la que se había mantenido una relación matrimonial o similar aún sin convivencia, añadiendo al artículo 172 el apartado segundo que establece: “2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa [...]” imponiendo la misma pena que para el caso de amenazas.

El artículo 41 de esta Ley como bien se ha expuesto también se refiere un supuesto de protección, pero aquí frente a las vejaciones leves. Con este artículo el legislador redactó

el artículo 617 del Código Penal, referido a estas vejaciones, pero en 2015<sup>66</sup> con la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal, quedó derogado tal artículo y sus sucesivos.

Los artículos restantes de este título: el 40 y 42 se refieren al ámbito del quebrantamiento de la condena y al tratamiento penitenciario, respectivamente.

Por un lado, el artículo 40, referido al supuesto del quebrantamiento de condena por parte del reo de violencia de género, modificando el artículo 468 del código, redactándolo así: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión [...] 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 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea [...] persona del [...] artículo 173.2”.

Este artículo fue modificado de nuevo con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual añadió un último inciso al apartado segundo del 468: “[...] artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”

Este título concluye con el artículo 42, relativo al tratamiento penitenciario del reo de violencia de género por parte de la Administración Penitenciaria, el artículo dispone que esta: “1. [...] realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”. Además añade el papel desempeñado por las Juntas de Tratamiento estableciendo que estas por su parte: “[...] valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.”

---

<sup>66</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77.

### **4.3. Tratamiento procesal.**

#### *4.3.1. Consideraciones generales.*

La Ley Orgánica 1/2004 también establece en su exposición de motivos, en cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, una serie de instrumentos procesales nuevos: creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, normas procesales tanto civiles como penales, medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas y la creación de la Fiscalía contra la violencia sobre la Mujer. Se tratarán a continuación cada uno de estos abordando con mayor detenimiento los aspectos considerados más relevantes en el ámbito del Derecho Penal.

#### *4.3.2. Juzgados de violencia sobre la mujer.*

La regulación de los Juzgados de violencia sobre la mujer se encuentra en los artículos 43 a 56 de la Ley Orgánica 1/2004.

Conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de violencia sobre la Mujer, excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles.

Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como aquellas causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia no sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

Este conjunto de competencias, están configuradas en el artículo 44 de la Ley, por el cual se modifica el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Desde la primera modificación por la Ley de Violencia de Género ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años: en 2005<sup>67</sup>, 2014<sup>68</sup>, 2015<sup>69</sup> y la última en 2018<sup>70</sup>.

En un primer momento este artículo 87 ter en su párrafo primero, por la modificación de la Ley 1/2004, establecía que el Juez de Violencia sobre la Mujer debía conocer, dentro del orden penal, cuatro supuestos, correspondientes a los apartados a), b), c) y d) respectivamente.

El apartado a) establecía que debía conocer: “de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos [...] CP [...] relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa o [...]”. Pero este se modificó con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que añadió a este apartado a continuación de “[...] contra la libertad e indemnidad sexuales [...]”: “contra la intimidad y derecho a la propia imagen y contra el honor o cualquier otro delito [...]”.

A este artículo 87 ter en su párrafo primero se fueron añadiendo con las sucesivas reformas más apartados: la letra e)<sup>71</sup>, f)<sup>72</sup> y g), esta última, con la reforma de la citada Ley de 2015, también relativa a la competencia relativa a la instrucción. Dispone: “De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del CP cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar, [...] se haya quebrantado, sea o haya sido su esposa o mujer [...]”.

---

<sup>67</sup> Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<sup>68</sup> Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014.

<sup>69</sup> Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

<sup>70</sup> Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018.

<sup>71</sup> Apartado añadido al artículo 87 ter párrafo primero LOPJ, con la reforma de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio: “e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.”

<sup>72</sup> Apartado añadido al artículo 87 ter párrafo primero LOPJ, con la reforma de la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre: “f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.”



Son órganos jurisdiccionales instaurados con la promulgación de esta Ley, de carácter unipersonal.

Como ya se ha dicho no solo tiene competencias en el orden penal, sino que también en el orden civil, así le dedicada su apartado segundo y tercero el artículo del que venimos tratando. Los apartados cuarto, quinto y sexto abordan los supuestos en los que: el Juez tiene facultad para inadmitir una causa, para contar con la posibilidad de mediación y estudiar el asunto de necesidad o carencia de dependencias que impidan confrontación entre agresor y víctima.

Los restante artículos del Título V referentes a estos Juzgados van más encaminados a aspectos más objetivos, más relevantes en el ámbito del Derecho administrativo y procesal que en el penal: el artículo 43, de organización territorial; el 45 y 46, de recursos en materia penal y materia civil, respectivamente; el 47 relativo a su formación; el 48, 49, 50 y 52 a su jurisdicción, sede, planta y constitución; el artículo 51, referente a las plazas servidas por los Magistrados; los artículos 53 y 55 relativos a las notificaciones, en primer lugar, notificación de las sentencias dictadas por los tribunales y en segundo lugar de las sentencias dictadas por Juzgado de lo Penal; y por último, los artículos 54 y 56, relativos a especialidades en el supuesto de juicios rápidos, con la especialidad de que el 56 trata estas pero en materia de delitos leves.

#### *4.3.3. Normas procesales civiles y penales.*

En cuanto a las normas procesales civiles, es materia regulada por el capítulo II del Título V de la Ley Orgánica 1/2004, pero este capítulo solo cuenta con un artículo, el 57, bajo la rúbrica de “Pérdida de la competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer”, por el cual se adiciona un nuevo artículo 49 bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)<sup>73</sup> el cual abarca las obligaciones de los Jueces civiles y los Juzgados de violencia sobre la Mujer ante las distintas posibilidades si se diera este supuesto.

Ante el supuesto de hecho en el que un Juez, que estuviera conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, el apartado 1º y 2º del artículo 49 bis LEC diferencian dos posibilidades: que cuando tuviese noticia el juez de este acto de violencia se haya dado ya inicio a un proceso penal (apartado 1º) o no se haya dado (apartado 2º). A la

---

<sup>73</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

inversa, cabe la posibilidad de que se el Juez de violencia sobre la Mujer el que conozca la existencia de un proceso civil mientras él mismo conoce la causa penal por violencia de género simultáneamente (apartado 3º).

En el caso en que se hubiera iniciado ya el proceso penal por ese acto de violencia o se hubiera dictado orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos del artículo 87 ter apartado tercero<sup>74</sup>, el juez conocer deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallaren al Juez de Violencia sobre la Mujer competente salvo que se hubiera iniciado ya la fase del juicio oral. Por otro lado, si no se hubiera iniciado el proceso penal ni dictado orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos citados, deberá el juez inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal, en las 24 horas siguientes este último decidirá denunciar actos de violencia de género o solicitar orden de protección ante Juzgado de violencia sobre la Mujer competente.

Sin embargo, si fuera el Juez de violencia el que tuviera conocimiento de la existencia de un proceso civil simultáneo, tras verificar requisitos del 87 ter, requerirá la inhibición del Tribunal Civil junto con testimonio de incoación de diligencias previas de juicio por delitos leves, del auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada. El Tribunal ante requerimiento deberá acordar inmediatamente su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

El apartado 4º de este artículo establece que para los posibles supuestos regulados en el apartado 1º y 2º, el Tribunal Civil deberá remitir los autos al Juzgado de violencia sobre la Mujer sin ser de aplicación en tales supuestos las demás normas del resto de la sección de la LEC, ni se admitirá declinatoria.

Por último, establece este precepto que los Juzgados de violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con lo dispuesto en la LEC (apartado 5º).

En materia de normas procesales penales, reguladas en el capítulo III del Título V de la Ley 1/2004, abordan materia relacionada con las competencias: competencias en el orden

---

<sup>74</sup> “3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando [...] requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 [...]. b) Que alguna [...] partes del proceso civil sea víctima [...] violencia de género, en los términos [...] apartado 1 a) [...] c) Que alguna [...] partes del proceso civil [...] imputado como autor [...]”.

penal, modificando el artículo 14 LECr; competencia territorial, adicionando el artículo 15 bis a la LECr; y competencia por conexión, adicionando un nuevo artículo 17 bis a la LECr.

En relación con lo ya expuesto con las competencias del Juez de violencia sobre la mujer, el artículo 14 fue reformado para adaptarlo a la existencia de este nuevo órgano. A su vez este mismo artículo ha sido reformado en dos ocasiones en 2015: con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y con Ley 41/2015, de 5 de octubre.

#### 4.3.4. *Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.*

Estas medidas vienen reguladas en los artículos 61 a 69, constituyendo el capítulo IV del Título V.

Las medidas consideradas en el siguiente capítulo de protección y seguridad serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

El artículo 62 aborda la medida de protección para la víctima más idónea en los casos de violencia de género: la orden de protección.

La orden de protección es una resolución judicial en forma de auto que, en los casos que existan indicios fundados de la comisión de delitos o delitos leves de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles o penales, además de activar medidas de asistencia y protección social necesarias. Se trata de una medida consagrada en el artículo 544 ter por la LECr, introducida en nuestro ordenamiento a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio.

Aunque el artículo 544 ter de la LECr relaciona la orden de protección con la violencia doméstica, esta medida tiene en la violencia de género unos matices particulares.

Deberán existir motivos racionalmente bastantes, con fundamento en datos objetivos concretos y no en meras conjeturas o vagas sospechas, que permitan deducir lógicamente la verosimilitud de la atribución del hecho delictivo de violencia de género al hombre que será sujeto pasivo de la orden de protección. El artículo 544 ter LECr utiliza la expresión “indicios fundados de la comisión de un delito [...]”

Actualmente podrán formar parte de la orden de protección de la víctima de violencia de género medidas de todas índoles: tanto civiles y penales como administrativas y laborales; además de medidas de carácter asistencial o de protección social previstas en las leyes, tanto nacionales como autonómicas.

Según el CGPJ en cuanto al resto de medidas, referidas en los restantes preceptos del capítulo, las penales, se materializan en: penas privativas de libertad, orden de alejamiento, prohibición de comunicación, prohibición de volver al lugar del delito o al domicilio de la víctima y retirada de armas u otros objetos peligrosos; en materia civil, las medidas consisten: atribución de uso y disfrute de la vivienda, medidas relacionadas el régimen de visitas, custodia y comunicación con los hijos, medidas de prestación de alimentos y medida de protección al menor para evitar peligro o perjuicio. Las medidas de asistencia y protección social a la que se refiere el último precepto de este capítulo son las establecidas en la legislación, tanto estatal como autonómica.

#### 4.3.5. *Fiscalía de violencia contra la mujer.*

En el capítulo V del Título que se está analizando, en los artículos 70 a 73, se contemplan normas que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal, mediante la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, cuyas funciones son la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como mediante la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.<sup>75</sup>

Con los artículos de este capítulo se añaden, modifican y sustituyen preceptos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>76</sup> (en adelante: EOMF).

En cuando a las “Funciones del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer” se añadió a tal Estatuto el artículo 18 quarter, que posteriormente fue suprimido con la Ley 24/2007, de 9 de octubre<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Exposición de Motivos Ley Orgánica 1/2004.

<sup>76</sup> Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982.

<sup>77</sup> Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007.

## 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

### 5.1. Violencia de género y TC. Conceptos clave para abordar las subsiguientes sentencias de este Tribunal.

El Tribunal Constitucional (en adelante, 'TC) es un órgano jurisdiccional y constitucional español. Es el intérprete supremo de la Constitución española y solo sometido a esta misma y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) además de autónomo respecto al resto de poderes del Estado, incluido el poder judicial.

Sus competencias están reguladas en el artículo 2.1 de su propia Ley Orgánica, entre las cuales están las de conocer del recurso de inconstitucionalidad y de cuestión de inconstitucionalidad para garantizar la supremacía de la Constitución contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley; y del recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas relacionados en el artículo 53.2 CE, cuya única pretensión es el restablecimiento o preservación de los derechos y libertades por razón de los cuales se promueve el recurso.

### 5.2. LO 1/2004 ¿Respeto la supremacía de la Constitución?

#### 5.2.1. Consideraciones generales. Controversias a raíz del uso del término “género” en nuestra legislación.

Como ya se ha expuesto y analizado, el concepto “violencia de género” ha llevado a la polémica tanto en el ámbito lingüístico como legislativo.

El significado otorgado al término “género” no es el mismo que su significado literal. En su tenor literal, en este contexto debería referirse indistintamente tanto al género masculino como al femenino, pero si se acude a la LO 1/2004 se observa cómo se refiere tan solo al femenino.

En la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), las medidas de protección están dirigidas a favor de la mujer, ya que la violencia de género se identifica como violencia sobre esta, excluyendo al hombre como sujeto pasivo y posicionándolo solo como sujeto activo.

Por lo tanto, aunque se hable de “género”, a lo que se refiere es a una violencia dirigida hacia la mujer (uno de los dos géneros) por el mero hecho de serlo.

De ahí también la razón de la reforma del CP con la LO 1/2015 del 30 de marzo por la cual se añadió en el apartado 4º del artículo 22 una agravante nueva: “por razones de género”, refiriéndose aquí también al femenino.

Visto así se podría apreciar una aparente violación de la igualdad entre sexos, principio consagrado en el artículo 14 CE<sup>78</sup>, cometida por esta Ley Orgánica de Violencia de Género ya que se podría apreciar una cierta “discriminación por razón de sexo” en un aspecto positivo, hacia las mujeres, y negativo, hacia los hombres. Además de, en cada caso concreto, vulneración de más derechos fundamentales resultado de la regulación estrictamente excluyente de la materia en esta Ley.

Esta Ley Orgánica ha sido objeto de numerosas críticas e impugnaciones a través de la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad.

La resolución más conocida en la materia acerca de estas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la LO 1/2004 es la STC 59/2008, de 14 de mayo.

En cuanto a resoluciones recientes, se puede destacar la STC 87/2020, de 20 de julio de 2020, recuso de amparo 6127/2018.

Ambas se analizarán a continuación.

#### *5.2.2. STC 59/2008, de 14 de julio.*

Esta Sentencia del TC resuelve sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia en relación con el artículo 153.1. CP<sup>79</sup>, reformado por la nueva redacción dada por el artículo 37 LO 1/2004 (no olvidar que la sentencia es de 2008 y la última reforma de este artículo del CP es de 2015).

La cuestión de inconstitucionalidad se planteó en relación con este precepto ya que sería aplicable al supuesto que se estaba tratando ya que los hechos probados recibían la calificación de un maltrato de obra, causante de lesión no constitutiva de delito realizado por

---

<sup>78</sup> Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>79</sup> Artículo 153.1. CP. Redacción dada por la LO 1/2004: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito [...], o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [...]o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios [...]”

el marido sobre su esposa (aplicación artículo 153.1), en el domicilio común (agravación por el artículo 151.3<sup>80</sup>).

Para el órgano judicial, que promovió la cuestión, según la redacción actual (2008) del artículo 153 CP sería imponible una pena de prisión como mínimo de nueve meses y un día, ya que se aplicaría la pena del apartado 1º: pena de prisión de seis meses a un año, pero en su mitad superior por concurrir las circunstancias del apartado 3º (comisión del delito en el domicilio común). Pero lo que trata de “denunciar” el órgano es que, según este precepto, en el caso de que hubiese sido al revés y la agresora hubiera sido (en idénticas circunstancias) la esposa y la víctima el marido, la pena mínima menor, ya que se aplicaría el apartado 2º del artículo 153, que impone una pena de prisión de tres meses a un año, que se aumentaría también en su mitad superior por las circunstancias del hecho, pero aun así sería menor que la que se impondría al marido. “La relevancia se refiere pues a la determinación de la pena alternativa, uno de cuyos términos se vería limitado, por razón del sexo del agresor, a un tramo de pena de prisión más oneroso.”<sup>81</sup>

La cuestión se planteaba en relación con este artículo por vulnerar los siguientes preceptos constitucionales: el artículo 10, relativo a la dignidad; el artículo 14, de la igualdad y el 24.2, de presunción de inocencia.

En cuanto a la posible infracción del principio de igualdad, el Tribunal, examinando el caso, señaló que el derecho a la igualdad que consagra este artículo 14 CE quebrantado se con la discriminación por razón de sexo que procede de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona.

Respecto a ello, se recuerda que el art. 14 CE según la doctrina del derecho de igualdad ante la ley del propio TC, impide, en un principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación.

Los rasgos esenciales de la doctrina del TC se resumen en la STC 76/1990, de 26 de abril, reproducidos por la más reciente STC 253/2004, de 22 de diciembre:

“a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce

---

<sup>80</sup> Artículo 153.3. CP. Redacción dada por la LO 1/2004: “Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima [...]”

<sup>81</sup> I. Antecedentes, número 3.

una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable;

b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;

c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;

d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.<sup>82</sup>

Con estos cuatro rasgos se podría defender la redacción del artículo 153.1. CP no considerándolo vulnerador del principio de igualdad ya que, aunque el hombre y la mujer hoy en día sean iguales ante la Ley, la violencia ejercida hacia uno u otro sexo no puede considerarse igual, aunque con esto no quiera decirse que la violencia ejercida sobre el “esposo” (o pareja de género masculino) por la esposa o mujer, debe quedar impune.

Considerando incluso que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un hombre la diferenciación normativa que impugna el Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia no infringe el art. 14 CE, porque se trata de una diferenciación razonable “fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal” que no lleva implícitas consecuencias desproporcionadas.

Esta situación social real es a la que se refiere la doctrina del TC en estos rasgos esenciales cuando establece, por ejemplo, en el apartado c): “[...] dicha infracción la produce

---

<sup>82</sup> I. Antecedentes, número 3.



solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales [...]”. El maltrato realizado de un hombre hacia una mujer y de una mujer a un hombre no es objetivamente igual, y la razón está en las condiciones socioculturales que actúan sobre ambos géneros, situando a la mujer en una posición de subordinación respecto al hombre desde tiempos inmemoriales.

Así lo establece la propia sentencia 59/2008 en su fundamento jurídico 9.c) “Aquí no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.”

En la STC se afirma que “tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE)” sino que se trata de que, el legislador aprecia una gravedad “peculiar” en agresiones concretas que se producen dentro de las parejas o exparejas, al entender, como fundamento de su intervención penal, que están insertadas en ciertos parámetros de desigualdad que conllevan consecuencias muy graves: aumento de inseguridad, intimidación y menosprecio sufrido por la víctima. Por tanto, se fundamenta que no ocurriría tal vulneración del principio de dignidad humana.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 24.2 CE, de presunción de inocencia, la sentencia no hace hincapié en los argumentos justificativos de tal vulneración.

Con esta fundamentación jurídica en contra de esa “presunta vulneración” de los tres preceptos constitucionales citados más el vicio de procedibilidad en el planteamiento de la cuestión denunciado tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, contrarios ambos a la admisión de la tramitación de la cuestión por considerar incumplidos

algunos de los requisitos establecidos en el art. 35.2. LOTC<sup>83</sup> aunque sí que se cumplieran en el trámite las pautas del apartado primero<sup>84</sup>

Coinciden el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado en denunciar la defectuosa tramitación cuestión porque la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia había sometido la cuestión a las partes y al Ministerio Fiscal al final de juicio oral sin hacer mención del precepto cuestionado ni indicar la duda de constitucionalidad. Así se establece en la sentencia en el fundamento jurídico nº2 “[...]posteriormente dictó la providencia de 22 de julio de 2005 reiterando el trámite acordado, ésta no habría subsanado las deficiencias del trámite precedente, con lo que no se habría realizado la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal de conformidad con el art. 35.2 LOTC”

Finalmente, en base a los 12 fundamentos jurídicos explicados en la sentencia y resumidos en este epígrafe, el Tribunal falló desestimando la cuestión de inconstitucionalidad, aunque se formularon cuatro votos particulares en contra de esa desestimación.

### *5.2.3. STC 87/2020, de 20 de julio de 2020, recurso de amparo 6127/2018.*

Esta sentencia, a diferencia de la anterior resuelve sobre un recurso de amparo interpuesto por una particular, Dña. M.V.A. ante el TC contra dos autos, el primero de sobreseimiento provisional por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº3 de Madrid, del 11 de julio de 2018; y el segundo el Auto de la AP de Madrid, Sección 27ª, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento provisional por la demandante de amparo. Lo que estaba persiguiendo la demandante era el restablecimiento del derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24.1. CE<sup>85</sup>) que se había visto vulnerado en estas dos decisiones judiciales. A continuación, se expondrán brevemente los antecedentes y fundamentos jurídicos que han motivado el fallo de este tribunal.

---

<sup>83</sup> Artículo 35 LOTC: “El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. [...]”

<sup>84</sup> Artículo 35.1. LOTC: “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

<sup>85</sup> Artículo 24.1. CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

La demandante, Dña. M.V.A denunció a su marido, Don F.S.C. en agosto de 2017 por la comisión de delitos de coacciones e injurias hacia ella.

Afirmaba que había cesado la convivencia conyugal en abril de ese mismo año y que desde entonces se comunicaban por correos electrónicos (aportados en denuncia) a través de los cuales F.S.C. intentaba llevar a cabo un convenio regulador económicamente perjudicial para M.V.A. y además impedía a esta acceder al dinero que tenían en común, impedimento que no podía llevar a cabo ya que el matrimonio estaba constituido en régimen de gananciales.

Además, expresaba cómo durante los años de convivencia F.S.C. le había propiciado gritos y alusiones continuas a su escasa valía y a sus supuestos problemas psicológicos, lo cual le había desembocado en una depresión en la que se encontraba en tratamiento terapéutico y farmacológico (circunstancia que también se probó adjuntando copia de correos electrónicos en los que F.S.C. lo reconocía).

La denuncia fue recibida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº3, el cual incoó diligencias previas seguidas de presunto delito de coacciones. Tras tomar declaración a la denunciante, M.V.A., y al investigado, F.S.C., este órgano resolvió que las versiones ambos eran totalmente opuestas y que no concurría ningún elemento objetivo que corroborara lo denunciado, considerando vinculante que la denuncia se hubiera interpuesto con motivo de la demanda de divorcio llevada a cabo por el investigado y que al haber vivido el investigado en el extranjero la convivencia conyugal había sido esporádica y no podría alegarse haber existido maltrato habitual.

Ante este razonamiento el Juzgado de Violencia sobre la Mujer sobreseyó provisionalmente la causa mediante auto “por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito”.

Ante la actuación de este órgano, la demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, hacia este auto y en respuesta de la motivación jurídica de este alegó: que la denuncia la interpuso en agosto de 2017 y la demanda de divorcio por parte del investigado es de septiembre de este mismo año; que aunque el investigado hubiese estado viviendo en el extranjero sí que había existido convivencia conyugal en estos países; y que los actos de coacción psicológica que ella había hecho alusión en su denuncia además de su petición de diligencia para someterse a un informe pericial de corroboración, junto con el certificado médico de sus problemas de depresión y ansiedad

como resultado del maltrato psicológico habían sido dejados a expensas de la declaración del investigado y con lo cual totalmente ignorados.

El sobreseimiento provisional de esta causa infringiría el artículo 49.2. del Convenio de Estambul<sup>86</sup> al no haber profundizado con suficiente intensidad en el caso. Además, del artículo 3<sup>87</sup> de este mismo convenio al haberse hecho caso omiso a los daños de carácter económico.

En resumidas cuentas, con el recurso de apelación lo que se venía a impugnar era que la aproximación a los hechos no era correcta y que no se habían agotado los medios de investigación, razones por las cuales la recurrente pedía que se dejara sin efecto el auto de sobreseimiento y que se practicaran las diligencias que ella había solicitado anteriormente, dado que se trataba de un delito continuado de coacciones y maltrato psicológico habitual.

Pero, aun así, la Audiencia provincial tampoco encontró corroboraciones de ese maltrato psicológico que se alegaba ya que los mensajes de los correos electrónicos que se habían presentado junto a la denuncia eran mensajes de periodos diferentes y en cuanto al certificado médico, tan solo mencionaba la preocupación y depresión de la denunciante ante el presunto maltrato verbal por parte de F.S.C. Con ello, la Audiencia concluyó que los hechos denunciados estaban privados de relevancia penal y faltos de corroboración debiendo enmarcarse dentro “de la lamentable normalidad de los procesos de ruptura”.

Con todo esto la denunciante interpuso una demanda de amparo al considerar que ambas resoluciones habían vulnerado su derecho a una tutela judicial efectiva (consagrado en el artículo 24.1. CE), como garantía de una resolución judicial motivada y razonada, “[...] tal queja es tributaria de la vertiente de aquel mismo derecho fundamental que consiste en obtener una investigación eficaz de lo denunciado, acorde con el canon establecido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica.”

---

<sup>86</sup> Artículo 49.2. Convenio de Estambul: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio.”

<sup>87</sup> Artículo 3 Convenio de Estambul: A los efectos del presente Convenio: a) por “violencia contra las mujeres” se deberá entender [...] b) por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre [...].”

Además, la demandante alegaba, en cuanto a la motivación jurídica de los autos “vulneradores” de su derecho a una tutela judicial efectiva, que, aunque aceptara la justificación de que ambas declaraciones pudieran entenderse contradictorias, “debió profundizarse en la investigación de los hechos a tenor del informe médico aportado, dada la referencia que en él se hace a las consultas realizadas desde el año 2015 como consecuencia de una situación de agresividad verbal, que habría llevado a la denunciante a un cuadro de depresión. Ello debería haber conducido a que, tal y como solicitó, el Juzgado hubiera profundizado sobre la cuestión recabando una valoración profesional de índole psicológica sobre la situación de maltrato alegada”. Es decir, que se hubieran practicado las diligencias que la denunciante había interesado.

La demandante, justifica la especial transcendencia constitucional del objeto de su recurso de amparo entendiendo que está creando una oportunidad para que el TC establezca el canon de motivación exigible a las resoluciones judiciales que acuerdan el final de una investigación en procedimiento de violencia sobre la mujer, al amparo de los derechos y directrices internacionales.

Además, se trata de una cuestión jurídica de relevante repercusión social además causante de una creciente alarma social ya que la violencia sobre la mujer está más “tachado” socialmente y es menos invisible. En su defecto, los órganos judiciales estarían actuando en contra de la doctrina constitucional existente en materia de motivación reforzada, como por ejemplo en la STC 130/2016 de 18 de julio.

La demanda interesa en el suplico, que se declare finalmente vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, anulando ambos autos objeto de recurso, acordándose con ello una retroacción de las actuaciones compatible con los principios y derechos del Convenio de Estambul “sobre la práctica de las pruebas solicitadas por la acusación particular”.

El TC en su sección 4ª, por diligencia de ordenación, con carácter previo a la admisión o del recurso de amparo (admitido a trámite en septiembre de 2019), mandó que ambos órganos de los que emanaron los autos impugnados le remitieran copia de la certificación de las respectivas actuaciones.

Finalmente, el TC estimó el recurso de amparo basándose en cinco fundamentos jurídicos, reconociendo con estos la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva con la declaración de nulidad de ambos autos como consecuencia inmediata y reestableciendo a

la demandante en su derecho. Así como “Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las mencionadas resoluciones, con el fin de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid dicte otra nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”.

## 6. EL FEMINICIDIO.

### 6.1. Concepto.

El concepto de *feminicide* fue empleado por primera vez por Diana Russel en 1976 durante la conmemoración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres. Posteriormente, el concepto fue desarrollado por ella misma y por Jane Caputi en: *Feminicide: the politics of women killing*, publicado en 1992. Así mismo, la incorporación del término “feminicidio” a la academia latinoamericana fue realizada por la antropóloga e investigadora mexicana Marcela Lagarde en la década de los 80.<sup>88</sup>

El objetivo de conceptualizar tal término era acabar con el uso de términos neutrales a la hora de calificar un tipo de delito que llevaba vinculadas razones de género y que debían apreciarse en el momento de juzgar tales crímenes; a la vez resaltar que la mayoría de las muertes ocasionadas a mujeres por parte de sus esposos, padres, conocidos y extraños no son consecuencia de una desviación inexplicable.

Como señala el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), la conceptualización del feminicidio busca “visibilizar la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra la mujer que, en su forma más extrema, culmina en la muerte”.<sup>89</sup>

Etimológicamente feminicidio proviene del latín del sustantivo *femina, feminae*, mujer; y del verbo *caedo*, matar. Por lo tanto la definición literal sería: matar a una mujer.

Pero el concepto de “feminicidio” no es único. Toledo Vásquez, realiza en su obra *Femicidio/feminicidio* una exposición del alcance y amplitud de este concepto en el ámbito de las ciencias sociales allí donde el feminicidio se extiende a “las muertes de mujeres provocadas por acciones u omisiones que no necesariamente implican delito...” pero que “pueden constituir violaciones a los derechos humanos por incumplimiento de las obligaciones del Estado relativas a la garantía del derecho a la vida de las mujeres”<sup>90 91</sup>.

---

<sup>88</sup> Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina: *Feminicidio : interpretación de un delito de violencia basada en género*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, , 2019, p.29.

<sup>89</sup> Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina, *op. cit.*, p.29-30.

<sup>90</sup> Toledo Vásquez, Patsili, *Femicidio/Feminicidio*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014, pp. 106 y ss.

<sup>91</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, pp 91-129.

En sentido amplio, el feminicidio como concepto en el ámbito sociológico comprende toda violencia social contra las mujeres a las que se invisibiliza, silencia o ignora. Feminicidio entendido de esta forma no puede trasladarse al Derecho Penal porque, como se ha expuesto, puede que esa muerte de una mujer se deriva de hechos que no impliquen delito, y, consecuentemente, si no constituyen delito no puede entrar dentro del marco de este tipo de derecho. Por otro lado, en el ámbito de delitos contra la vida, el feminicidio es un fenómeno delictivo específico dentro del problema general de la violencia extrema contra las mujeres, violencia que involucra al Estado y a la sociedad en su conjunto.<sup>92</sup>

Se puede decir que el feminicidio es la muerte de una mujer por ser tal, en un contexto de dominación y trato desigual y que comporta un ataque a la igualdad real además del ataque a la vida; por lo tanto, la acción ha de darse en un contexto objetivo de dominación y desigualdad asociado al rol que se atribuye a la mujer.<sup>93</sup> Aunque limitado el concepto de feminicidio sigue siendo un concepto amplio porque no se refiere a la muerte en el ámbito de una relación de pareja o expareja, o relación de afectividad análoga, se extiende a toda muerte de una mujer producida en este contexto.

## **6.2. Reconocimiento legislativo y tratamiento penal.**

### *6.2.1. En el ordenamiento jurídico español.*

La violencia de género es un fenómeno global del que las legislaciones penales más avanzadas se vienen haciendo eco desde hace décadas. Los diferentes ordenamientos jurídicos van conformando un derecho penal de género dentro de cuyo ámbito tiene cabida el marco de feminicidio, de la muerte de una mujer por razones de género<sup>94</sup>.

El CP vigente al igual que no tiene un tipo básico para el delito de violencia de género, tampoco lo tiene para el de feminicidio.

En el ámbito de los delitos contra la vida nos encontramos con el homicidio y el asesinato y están establecidos tipos agravados en ambos delitos, pero las razones de género no se hallan entre las características o circunstancias que configuran o que agravan cualquiera de ambos. La regulación actual del homicidio y del asesinato procede de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, por la cual se acogió una compleja técnica de agravaciones e hiper-agravaciones sin que el legislador introdujera entre las mismas

---

<sup>92</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>93</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 100.

<sup>94</sup> Alonso Álamo, Mercedes, Prólogo Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina, *Op. cit.* p. 9.



las razones de género<sup>95</sup>, aunque estas razones sí se encuentran como circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal dentro del artículo 22.4<sup>a</sup> de este mismo texto en virtud de esta Ley Orgánica de reforma.

El tipo agravado del homicidio (art. 138.2.) establece la pena superior en grado cuando concurriera alguna de las circunstancias del artículo 140.1.<sup>96</sup>, entre las cuales ninguna se refiere a razones de género. Lo mismo ocurre con el tipo agravado del asesinato ya que está regulado en el artículo 140.1. y la pena que se establece para este supuesto es la prisión permanente revisable. En cambio, si concurriera como agravante en la comisión de un delito la razón de género, la pena que se impondría sería en su mitad superior (según el artículo 66.1.3<sup>o</sup>. CP<sup>97</sup>). Analizado este tratamiento penal, salta a la vista el peso menor que se atribuye legislativamente a las razones de género a la hora de la ejecución de la muerte de una mujer.

Por otra parte, existe una sensibilidad cada vez mayor, en España y fuera de ella, ante el preocupante problema del feminicidio, entendido como la manifestación más grave de la violencia de género.

Llama la atención que en la legislación penal española no exista el delito de feminicidio en un código penal que sí contiene regulaciones específicas de género en otros ámbitos, en los que se dispone una regulación específica cuando la víctima es esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, como sucede en el ámbito de las lesiones, los atentados a la integridad moral, las coacciones o las amenazas.

Tanto las figuras delictivas específicas de género como la circunstancia agravante general de género responden al mismo fundamento material, el ataque adicional al interés a ser tratado como igual: incrementan el contenido de injusto en atención al mayor desvalor de resultado<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 92.

<sup>96</sup> Artículo 140 CP: “1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando [...] : 1.<sup>a</sup> Que la víctima sea menor de dieciséis años [...], o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2.<sup>a</sup> Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual [...] sobre la víctima. 3.<sup>a</sup> Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.”

<sup>97</sup> Art. 66.1.3<sup>o</sup>.: 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: [...]3.<sup>a</sup> Cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito. [...]”

<sup>98</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 108.

### 6.2.2. Otros ordenamientos jurídicos.

Aunque en el CP español no esté específicamente regulado, no ocurre lo mismo en algunos ordenamientos jurídicos en Latinoamérica. En los últimos tiempos el delito de feminicidio ha irrumpido con fuerza en las legislaciones muchos de estos países.

Actualmente son dieciséis los países latinoamericanos que mantienen legislaciones reguladoras del feminicidio, siendo Costa Rica y Guatemala, en 2007 y 2008, respectivamente, los primeros en incluir tal figura delictiva como un tipo penal de alcance nacional, tras los pasos del Estado de Chihuahua, en México, en 2003, que establecieron una sanción diferenciada en el caso de que el sujeto pasivo en el homicidio fuera una mujer, y el posterior agravante en el Código Penal de 2006 como respuesta a los graves asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez<sup>99</sup>.<sup>100</sup>

Sin embargo, la regulación difiere de unos ordenamientos a otros.

Según dice Toledo Vásquez, distingue entre aquellas legislaciones que siguen un modelo restrictivo en la tipificación de este delito exigiendo una previa relación entre sujeto activo y pasivo y por otro lado un modelo que extiende el delito de feminicidio a la muerte de una mujer, al margen de la relación previa que hubiere entre autor y víctima. A su vez, la concreción legislativa de ambos modelos es también diferente en las diversas legislaciones, por ejemplo, la legislación argentina, mexicana, peruana o la brasileña, siguen un modelo amplio, pero se observan tratamientos claramente diferenciados.<sup>101</sup>

En el Código penal argentino, está configurado un tipo agravado de homicidio en el caso en el cual: “se matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” (artículo 80.11°). Pero lo establece correlativamente con la tipificación del delito contra la vida de “[...] su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia” (artículo 80.1°). En este mismo artículo en su apartado número 12 se observa la tipificación de la que en apartados anteriores ya denominamos como violencia vicaria, estableciéndolo como tipo delictivo: “[...] el que matare [...] 12. con el propósito de

---

<sup>99</sup> Hacen referencia a la suma de homicidios y asesinatos de mujeres que son cometidos en la localidad mexicana de Ciudad Juárez, estado de Chihuahua, al menos desde enero de 1993. Por lo general las víctimas corresponden a mujeres jóvenes y adolescentes de entre 15 y 25 años de edad, de escasos recursos y que han debido abandonar sus estudios para comenzar a trabajar. Antes de ser asesinadas, las mujeres comúnmente suelen ser, además, violadas y torturadas.

<sup>100</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 103.

<sup>101</sup> Citado en: Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 104.

causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º.”

Por su parte, en la legislación federal penal mexicana, con la reforma de 2012, el artículo 325 establece: “comete el delito de feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género”, añadiéndose que “se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; [...]”

El Código penal de Brasil por su parte regula el feminicidio (incluido por ley de 2015) entre los homicidios cualificados del artículo 121 diferenciando cuando el homicidio es cometido “contra una mujer por razones de condición de sexo femenino”; según establece, “hay razones de condición de sexo femenino cuando el crimen encierra: I. Violencia doméstica y familiar; II. Menosprecio o discriminación a la condición de mujer”<sup>102</sup>.

Por último, la cuarta de las legislaciones mencionadas a modo de ejemplo, es la recogida en el Código Penal peruano. Regula el feminicidio en el artículo 108º-B (reformado en 2018) disponiendo: “será reprimido a pena privativa de libertad no menor de veinte años al que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual. 3. Abuso de poder o de cualquier otra posición [...] autoridad al agente 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.”<sup>103</sup>

Con la sola mención de estas legislaciones se ponen en relieve las diferencias existentes entre ellas a pesar de que ninguna restringe el tipo a la muerte de una mujer en el ámbito conyugal o familiar.

---

<sup>102</sup> Alonso Álamo, Mercedes: “El delito de feminicidio...”, *op. cit.*, p. 105.

<sup>103</sup>Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina, *op. cit.*, pp.60-61.

Si comparamos los ordenamientos mencionados con el español, partiendo de la base de que el nuestro en ningún momento aborda el término “feminicidio”, podemos encontrar cierta concordancia con el argentino y mexicano. El homicidio en el Derecho español se agravaría si fuera la víctima una mujer, no sería el homicidio de una mujer un tipo agravado en sí (similitud con CP argentino) si para la comisión del delito mediaran razones de género, no como resultado de violencia de género (CP mexicano).

## 7. ¿MEDIACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

### 7.1. Mediación y su repercusión en el ámbito penal.

#### 7.1.1. Consideraciones generales.

Como introducción cabe hacer mención a los ADR, *Alternative Dispute Resolution* o MASC, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, en su traducción al castellano. Bajo estos acrónimos se engloban un conjunto de procedimientos y metodologías que tienen el objetivo de resolver conflictos sin tener que recurrir a los mecanismos institucionalizados de forma oficial (arbitraje y litigio).<sup>104</sup>

La mediación se encuentra dentro de los MASC, como medio de solución alternativa de conflictos para evitar que las partes enfrentadas opten por el mecanismo judicial. Se caracteriza por la intervención de una persona (mediador) cuya finalidad es facilitar la solución dialogada entre las partes, tratando de lograr una solución satisfactoria y voluntaria al conflicto, pero nunca ofreciéndola o imponiéndola.<sup>105</sup>

#### 7.1.2. Justicia restaurativa. Mediación en el proceso penal.

Entendiendo la mediación como recurso para la resolución de conflictos de carácter voluntario, alternativo a la jurisdicción, subsidiario y disponible para las partes en el ámbito de derecho privado, parece muy clara su viabilidad e incluso en ocasiones su oportunidad y mejor adaptación al problema que la vía judicial.<sup>106</sup>

En conflictos de familia o en materia de consumo, por ejemplo, la mediación se contempla como una opción y puede resultar más eficaz y beneficiosa que la vía judicial. En el ámbito penal es diferente, en la legislación penal de adultos la mediación no se contempla, pero la Recomendación R (99) 19 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la mediación penal<sup>107</sup> y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece que: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya

---

<sup>104</sup> Fernández López, Amaya. *Propuesta para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género* [Tesis doctorado, Universidad de Valladolid], 2015.

<sup>105</sup> Martín Díaz, Fernando, *op. cit.*, p. 672.

<sup>106</sup> Martín Díaz, Fernando: “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, en de Hoyos Sancho, Montserrat (Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 672.

<sup>107</sup> Publicada en el DOUE de 22 de marzo de 2001, cuyo plazo de trasposición expiró en marzo de 2006, y que España, actualmente, incumple.

alcanzado con ocasión de la mediación [...] Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006” (arts. 10 y 17). Esta última norma impone a España con Estado miembro la obligación de impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida, y la consiguiente toma en consideración del acuerdo que víctima e inculpado hayan llegado como resultado de este medio.

Cuando se aborda la mediación penal a su vez nos estamos refiriendo a una manifestación de justicia restaurativa. Este tipo de justicia es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.<sup>108</sup> Según Tamarit Sumalla: “conjunto de prácticas que responden a unos principios comunes, entre los que destacan las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto”.<sup>109</sup> En suma, la justicia restaurativa es una alternativa a la justicia de los Tribunales y uno de sus instrumentos es la mediación.

La finalidad fundamental que se aprecia de este instrumento, la mediación penal, sería la reparatoria del daño causado a la víctima, en vez del enjuiciamiento y posible condena del presunto culpable por su conducta delictiva. Así lo indican varias conclusiones del seminario en materia de mediación penal celebrado por el CGPJ en junio de 2005: se puede defender la imposición de la mediación como medida de resolución de conflictos en el ámbito penal argumentando la dimensión socializadora con la que cuenta, ya que contribuiría con la pacificación social; la desjudicialización (aunque este argumento no siempre es tratado como un rasgo positivo) y la colaboración que significa el uso de este medio con la reinserción del infractor penal, fortaleciendo la paz social y retornando a la situación previa a la comisión del delito.

Pero fuera de estos aspectos, a primera vista positivos, todos sabemos que existen muchos tipos de delitos y dentro de estos el margen de gravedad es muy amplio, no es lo mismo un tipo agravado de asesinato que un hurto leve, debe haber unas condiciones y unos límites. Así precisa Manzanares Samaniego esa necesidad de cumplimiento de condiciones para que pueda darse esa mediación penal: “[...] siempre que la gravedad de aquellos no

---

<sup>108</sup> Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York: Naciones Unidas, 2006, p. 4.

<sup>109</sup> Fernández López, María Amaya. *Propuesta para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género* [Tesis de doctorado, Universidad de Valladolid], 2015.

supere determinados límites”<sup>110</sup>, a la vez que afirma: “la combinación entre la gravedad del hecho, de acuerdo con su penalidad y su naturaleza constituye un buen punto de partida para decidir sobre la desviación hacia una solución extrajudicial”.

Ante estas circunstancias el paso que debe darse para dar forma y contenido legal a esta mediación es regular cuestiones como: tipo de infracciones penales susceptibles de ser resueltas alternativamente al proceso mediante mediación; la repercusión de los derechos fundamentales procesales (especialmente la presunción de inocencia) en el desarrollo de la mediación penal; la forma, contenido, alcance y ejecutividad del acuerdo que pone fin a la mediación entre las partes; la forma y posibilidades de asistencia jurídica a las partes por medio de expertos (abogado y procurador); las posibilidades de intervención del MF en la mediación; además de la configuración especializada del mediador, se debe detallar su formación, requisitos, obligaciones, responsabilidades, derechos del mediador penal, ya que en estas situaciones “vienen a sustituir al juez” teniendo en cuenta que ostentan atribuciones, funciones y potestades muy diferentes en el marco de resolución de conflictos penales.<sup>111</sup>

## **7.2. Mediación en el ámbito de violencia de género.**

La mediación en el delito de violencia de género es un tema delicado. Como se ha visto anteriormente, a lo largo de los años se han ido endureciendo legislativamente las medidas punitivas frente a la violencia doméstica y de género y socialmente se ha incrementado el rechazo y alarma social ante este tipo de delitos. Además de las medidas para evitar que entre víctima y agresor en casos de violencia de género establezcan el menor contacto posible. Por ello parece difícil compatibilizar estos delitos con la justicia restaurativa.

La regulación legal y procesal de este tipo de delito establece con exactitud las consecuencias de la comisión de actos de violencia de género. Además, estas consecuencias, en la mayoría de los casos, traspasan el ámbito meramente penal de la agresión derivando en consecuencias familiares de carácter civil e incluso laboral. En virtud de disposiciones de la LO 1/2004, en los artículos 44, 57 y 59 se prevén supuestos en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer asume competencia de carácter objetivo sobre materias pertenecientes tanto al orden jurisdiccional penal como al orden jurisdiccional civil. La inexistencia de previsión alguna respecto a una posible mediación en el ámbito penal, prohíbe cualquier referencia a un posible intento de mediación entre agresor y víctima en este ámbito, así lo estipula el

---

<sup>110</sup> Citado en: Martín Diez, Fernando: *op. cit.*, p. 676.

<sup>111</sup> Martín Diez, Fernando: *op. cit.*, pp. 678-679.

artículo 87 ter de la LOPJ (añadido por el artículo 44 de la LO 1/2004) en su apartado quinto: “En todos estos casos está vedada la mediación”.

En aplicación expansiva de este artículo se eliminaría por tanto la posibilidad de la mediación en las derivaciones civiles (familiares) de este delito. Se puede entender que esta prohibición expresa en el ámbito de violencia de género en España debe ser interpretada restrictivamente en el sentido de vedar la utilización de mediación tanto penal como civil (familiar). La agresión o maltrato, físico o psíquico, doméstico o de género, no es separable sino unitario en cuanto a los hechos que dan lugar al fenómeno y por lo tanto debe ser unitario también su tratamiento jurídico.

Podría utilizarse como argumento refutador a la negativa del empleo de la mediación en procesos de violencia de género la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), que otorga la facultad a los Estados miembros de optar por la mediación en el ámbito penal, pero establece también en el apartado octavo de los Considerandos una condición: “se observe y respete la necesidad de que la víctima comprenda y sea comprendida” y es imposible la comprensión en un contexto que parte de la desigualdad.

La violencia de género es una de las expresiones más palpables y tangibles de desigualdad entre ambos sexos. La propia LO 1/2004 en su artículo primero lo subraya. Esta manifestación única y exclusivamente puede ser corregida mediante la tutela judicial. La mediación que por definición implica la intervención de un tercero que aproxima a las partes, no es un método que corrija este desequilibrio que los actos de violencia de género tienen adherido al mapa de su fisonomía. La mediación exige que las partes estén situadas en una posición de igualdad para que tengan capacidad y autonomía para lograr acuerdos.<sup>112</sup>

No obstante, en su artículo 15.1., el Estatuto de la Víctima del delito<sup>113</sup>, hace referencia a esta “justicia restaurativa”, dispone la posibilidad de acceso para las víctimas a este tipo de justicia bajo diferentes condiciones, entre ellas encontramos el apartado e) “el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima”.

---

<sup>112</sup> Martín Díez, Fernando: *op. cit.*, pp. 680-682.

<sup>113</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm 101, de 28 de abril de 2015.



Con esto cabe plantearse la posibilidad de mediación en actos de violencia de género de “escasa” intensidad, que no hubieran provocado en la víctima grave daño ni físico ni psicológico. Como dice Martín Díaz: “No debemos olvidar que la mediación es voluntaria y que la negociación entre las partes conlleva implícita una capacidad de razonamiento, comprensión, argumentación y seguridad que difícilmente es posible encontrar tras una situación de maltrato físico o psíquico”, con esto no se pretende poner en duda la profesionalidad de los mediadores, pero sí, subrayar la complejidad emocional de las partes teniendo en cuenta que el autor siempre será una persona con la que existe o ha existido una relación de afectividad (independientemente de la duración o intensidad de tal relación) y que en caso de que fueran actos de “escasa intensidad” y fuera a darse la mediación, que esta deba estar apoyada en requisitos legales predeterminados que en todo caso deberán ser valorados por expertos y siempre con la expresa aprobación judicial para la solución de conflicto derivada de esta vía.<sup>114</sup>

A pesar de las razones de peso existentes que se contraponen a la posibilidad de acudir a la mediación penal en casos de violencia de género, debemos partir de la base de que la legislación penal española, aunque tenga uno de los sistemas punitivos “más duros” de Europa está enfocado a su vez a la reinserción social del penado.

Además, sí bien es cierto que actualmente se trata dar pasos hacia delante en este ámbito, se han elaborado por algunos estudiosos de la materia proyectos para la imposición de la mediación penal en estos delitos y, si se acude a la últimas reformas del CP, se aprecia una cierta base para hacer uso de esta medida, ya que en el supuesto de “suspensión de penas” del artículo 83.1.6º del CP (última reforma por LO 8/2021), dentro de las obligaciones de participar en diversos programas formativos de los reos de violencia de género, esta Ley Orgánica añade a los demás: “[...] resolución pacífica de conflictos” y en el artículo 84, en su última redacción fruto de la modificación de la LO 1/2015, se establece: “1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al [...]:1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.[...]”.

---

<sup>114</sup> Martín Diez, Fernando: *op. cit.*, p. 687.

## 8. TRATAMIENTO PARA REOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

### 8.1. Consideraciones generales.

La aprobación del CP de 1995 supuso un gran refuerzo del papel de la víctima en el Derecho Penal cuando introdujo como requisito para alcanzar la suspensión de la ejecución de condena, la satisfacción previa de la responsabilidad civil derivada del delito. No obstante, junto a los intereses económicos, la víctima también tiene otra serie de necesidades entre las que destaca la de salvaguardar su propia seguridad personal.<sup>115</sup>

Si se observa conjuntamente las reformas sufridas por el CP y la Ley General Penitenciaria<sup>116</sup> desde 2003, se observa el endurecimiento de la respuesta punitiva en los actos de violencia de género. Esta evolución ha sido el resultado de los estudios relativos a la víctima del delito.

En un principio, es fácil establecer una distinción de partida, el CP contempla un modelo punitivo en medio abierto, en el que por un lado se encuentra un conjunto de penas y de mecanismos que impiden que el condenado entre en prisión, recordemos, por ejemplo, la posibilidad contemplada en la LO 1/2004 de suspensión de penas (por la que se reforma el CP). En cambio, por otro lado, destaca con luz propia la pena de prisión, que se caracteriza cada día con mayor nitidez como una pena de cumplimiento en un medio cerrado.<sup>117</sup>

Ambos modelos serán tratados a continuación.

### 8.2. Modelo punitivo en medio abierto. Sin pena de prisión.

Como opción sustitutiva de la pena privativa de libertad, la legislación penal española opta por otras medidas para los reos de violencia de género, teniendo en cuenta, claro está, que tal posibilidad de sustitución solo puede barajarse en el caso de que la pena de prisión no excediera de los dos años y que fuera la primera vez que el reo delinquiera, entre otras condiciones (*cf.* artículo 80.1. CP).

---

<sup>115</sup> Acale Sánchez, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Madrid: Editorial Reus, 2006, p.62.

<sup>116</sup> Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE núm. 239.

<sup>117</sup> Acale Sánchez, María: “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, en: Hoyos Sancho, Montserrat de (Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 68.

8.2.1. *Alejamiento entre agresor y víctima. ¿Cómo se configura la pena? Artículo 48 y 57 CP.*

Una de las medidas más comunes interpuestas es el alejamiento del autor de las víctimas y a determinados lugares a través de diferentes mecanismos.

Así, el alejamiento puede ser configurado en la actualidad como una pena accesoria, contemplada en el artículo 57 CP (en virtud del 48 de este mismo texto) refiriéndose al supuesto de violencia de género en su apartado segundo; y como una pauta de comportamiento a efectos de suspensión de la pena, regulada en el artículo 83 CP (ya analizado).

Antes de las sucesivas reformas del CP también podía materializarse el alejamiento en medida de seguridad no privativa de libertad (artículo 96.3 CP); en obligación para los sometidos a medidas de seguridad privativas de libertad (artículo 105 CP); y en la obligación de respetarlo (ese alejamiento) en caso de que el reo se encontrara en libertad condicional (artículo 90.2. CP), pero ahora la medida de alejamiento no está en estos artículos, se suprimió en los dos primeros con las LO 5/2010 y el último con la LO 1/2015.

Esta medida tiene un tratamiento especial en los casos de violencia doméstica, en la cual se incluye la de género y la que se ejerce por cualquier vínculo establecido en el 173.2. CP.

El alejamiento puede materializarse en una pena accesoria que se diferencia del resto de penas de esta clase en el presupuesto requerido para su imposición, pues no depende ni de la duración, ni de la clase de pena principal, por lo que, si ésta se suspende, aquella seguirá ejecutándose, al margen de que tiene un plazo de duración autónomo de la pena principal impuesta.

Por su naturaleza, el artículo 48 CP califica el alejamiento como “penas privativas de derechos”, dentro de las cuales se incluyen penas que no afectan ni a la libertad ambulatoria ni de patrimonio, pero sí recaen sobre la libertad de movimiento ya que consagra la prohibición de residir y acudir al lugar donde se encuentre el domicilio de la víctima o de los familiares de ésta si no fuera el mismo (apartado 1), la prohibición de aproximación a la víctima, a sus familiares (o personas que el juez determine expresamente), al lugar de trabajo y a lugares frecuentados por esta (apartado 2) y de la de comunicarse con ella por cualquier medio (apartado 3). El juez en estos casos tiene la facultad para acordar controles por medios electrónicos para corroborar el cumplimiento de estas medidas por parte del agresor (apartado 4).

La prohibición establecida en el apartado 1 de un alejamiento de tipo locativo, asegura a la víctima que el agresor no va acudir al lugar donde ésta vive, aunque solo protegerá a la víctima si no sale de su domicilio. Si por cualquier motivo sale del mismo y se topa con el agresor, no habría infracción alguna, a no ser que se haya impuesto conjuntamente junto con otras prohibiciones, por ejemplo: si esta prohibición se aplicara con la del apartado 2, de no aproximación.

La mayor dificultad que plantea la prohibición del apartado 2 es la prueba del dolo del autor en caso de encuentro en cualquier lugar que no sea uno de los que expresamente haya recogido el juez en la sentencia, lo que produciría la comisión de un delito de quebrantamiento de condena.

En cuanto a la prohibición consagrada en el 48.3. puede encajar perfectamente en los supuestos en los que, por ejemplo, por motivos laborales, los “alejados” no puedan distanciarse físicamente.<sup>118</sup>

El derecho afectado, la libertad de movimiento, también lo sería con la pena de prisión del condenado, aunque de distinta forma ya que le aparta de la sociedad y de la vida de la víctima mediante el internamiento en un centro penitenciario.

Las prohibiciones derivadas de la medida de alejamiento, suele estar impuesta junto a una distancia en metros, pero no existe una tabla de medidas a imponer en nuestra legislación. Varias Circulares de la Fiscalía<sup>119</sup> aconsejan que los fiscales soliciten la distancia de quinientos metros, y ante tal petición el juez resolverá atendiendo a las circunstancias personales de agresor y víctima, la localización de sus domicilios, la extensión de la población donde residan ambos si fuera la misma, etc.

Por último, en cuanto al apartado 4º, la introducción de estos medios de control a la ejecución de la pena de alejamiento se considera esencial para que el condenado se sienta realmente sometido al control formal que supone el Derecho Penal y para que la víctima confíe en la respuesta penal, pero estas medidas no pueden imponerse arbitrariamente por el juez, ni basándose en la gravedad de los hechos ni en la peligrosidad del autor sino según las posibilidades económicas con las que cuente. Hay que subrayar que quien tiene que estar “controlado” es el agresor, no la víctima.

---

<sup>118</sup> Acale Sánchez, María: “Ejecución de penas y tratamiento...”, *op. cit.*, pp. 72-74.

<sup>119</sup> Por ejemplo: Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Esta posibilidad de control, en relación a las medidas cautelares de alejamiento adoptadas en el ámbito de la violencia de género, el apartado tercero del artículo 64 de la LO 1/2004 prevé que: “podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”. La utilidad de los dispositivos ha sido puesta de manifiesto desde diversos organismos. Así, en el Seminario Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid en 2010, se llegó a la conclusión de que “el control telemático de las medidas cautelares de prohibición de aproximación constituye un recurso excepcional de extraordinaria eficacia en la protección de las víctimas de la violencia de género”.

Dentro del ámbito de violencia doméstica, incluso, claro está, la de género, consagrado en el apartado segundo del artículo 57 CP, esta medida se configura de forma diferente. En el caso de que la víctima de los delitos estipulados en el apartado 1 sea uno de los sujetos del artículo 173.2. CP se acordará la medida de alejamiento de prohibición de aproximación (art. 48.2. CP), en todo caso. El tiempo de duración dependerá de si el delito fuera grave o menos grave, en el primer caso será por un periodo no superior a diez años y en el segundo por un periodo no superior a cinco. Respecto a los delitos leves, si así son calificados los establecidos en el artículo 57.1., el periodo de esta medida no podrá exceder los seis meses.

No olvidar, dentro del ámbito procesal, que en materia de violencia doméstica (y consecuentemente, también de género) se encuentra esta medida de alejamiento como medida cautelar, regulada bajo el término “orden de protección” consagrada en los artículos 544 bis y ter LECr.

Nótese cómo se ofrece una única respuesta para supuestos de distinta naturaleza: alejamiento consentidos y no consentidos y en la medida en que a simple vista existen factores que los distinguen claramente, quizás la respuesta del legislador ha ido dirigida a impedir los segundos a costa de sacrificar los primeros.<sup>120</sup>

### 8.2.2. *Suspensión de penas.*

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión no restringe tampoco la libertad ambulatoria del autor, sino que es una forma de impedir que determinados condenados entren en prisión una vez constatada la falta de eficacia que puede suponer ésta a la hora de cumplir los fines de nuestro ordenamiento: reinserción social.

---

<sup>120</sup> Acale Sánchez, María: “Ejecución de penas y tratamiento...”, *op. cit.*, p. 76.

El ordenamiento jurídico ha optado por este tipo de medios visto el fracaso que ha supuesto la prisión para estos supuestos, interpretando que la reeducación y reinserción social son más alcanzables por el propio sistema penal en un medio abierto que en uno cerrado.

En materia de suspensión de penas, existe un régimen especial en los casos de reos por delitos de violencia doméstica introduciendo una serie de modificaciones en los artículos 83 y 84 del CP a partir de las necesidades preventivo especiales de los delincuentes condenados por estos delitos.

No obstante, si se tiene en cuenta que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión solo podrá ser adoptada por el juez o tribunal atendiendo: “[...] las circunstancias del delito cometido, [...] del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado [...]” (artículo 80.1 párrafo 2º CP), carece de sentido establecer dicho régimen especial ya que se decretará partiendo de criterios básicos que deberían determinar la no suspensión de la ejecución de la pena en muchos de los casos de violencia de género.

Sin embargo, sin explicación aparente, la LO 1/2004 decidió reducir dicho régimen especial para los supuestos relacionados con la “violencia de género”, lo que no deja de ser sorprendente porque es la única vez que se ha “despojado” a las víctimas de la violencia doméstica de algo que ya tenían, aunque ello no impide que el juez, atendiendo al caso concreto de violencia doméstica pueda aplicar el mismo régimen.<sup>121</sup>

El régimen especial consiste en que el juez, aunque con carácter general siga gozando de discrecionalidad para decidir que se cumpla o no la pena privativa de libertad, cuando se trate de condenas por delitos relacionados con la violencia de género se limita ésta parcialmente ya que si opta por la suspensión de tal pena debe hacerlo atendiendo a un régimen específico. Así, solo podrá decretar la suspensión si la acompaña de las condiciones/prohibiciones enumeradas en el artículo 83.1 CP en su apartados 1º, 4º y 6º (tal como establece el mismo artículo en su párrafo segundo haciendo referencia a la violencia de género<sup>122</sup>): “1ª prohibición de acercarse a la víctima o sus familiares[...] lugares de trabajo o otros lugares habitualmente frecuentados por ella [...]”, similar al artículo 48.2.; “4º prohibición de residir en un lugar determinado [...]”, similar al 48.1.; y “6º Participar en

---

<sup>121</sup> Acale Sánchez, María: “Ejecución de penas y tratamiento...”, *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>122</sup> Artículo 83.2. CP: “Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior”.

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”.

En caso de incumplimiento también se limita la discrecionalidad judicial en los supuestos en lo que se haya decidido por la suspensión de la ejecución de la condena con la imposición de las reglas de comportamiento mencionadas, en la medida en que en atención a las normas generales, si es condenado por un delito durante el periodo de suspensión y con ello eche por tierra la expectativa que se tenía sobre él, se revoca la suspensión, pero si lo que se incumple es la regla, en este caso el juez puede decidir cambiarla por otra, prolongar la duración en el tiempo y solo en los casos de incumplimiento reiterado o grave decretar la revocación de la suspensión y hacer cumplir la pena cuya ejecución se había suspendido (artículo 86).

### **8.3. Modelo punitivo en medio cerrado. Pena de prisión.**

El modelo punitivo en medio cerrado se refiere a la pena privativa de libertad, los reos de violencia de género que no cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 80 CP deberán entrar en la cárcel.

Para los reos de estos delitos internados en prisión, el artículo 42 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que la Administración penitenciaria realizará programas específicos para estos internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género y que las Juntas de tratamiento penitenciario valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos para estos internos.

Esta disposición pretende ser una llamada de atención a las instituciones penitenciarias para que a la hora de tratar a estos reos se identifique sus carencias y necesidades específicas, de forma que a la vez que se procure incidir en ellas, se tenga en consideración su evolución para progresar o regresar de grado. El mero hecho de que este precepto no haya modificado ninguna norma de la legislación penitenciaria como ocurre (como hemos visto) con la LO 1/2004 en materia penal civil y procesal, modificando así el CP, el CC y la LECr, respectivamente, está dando a entender su ánimo de “conducción” en un concreto sentido de la actividad de las cárceles españolas.

El artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria explica de qué se trata el tratamiento penitenciario: “1. [...] conjunto de actividades directamente dirigidas a la

consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y su finalidad: “2. [...] hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social [...]”. Vemos así el perfecto encaje de las indicaciones del artículo 42 de la LO 1/2004 con el suso dicho artículo.

A pesar de ello la disposición final quinta de esta LO 1/2004: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley, procederá a la modificación del artículo 116.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, estableciendo la obligatoriedad para la Administración Penitenciaria de realizar los programas específicos de tratamiento para internos a que se refiere la presente Ley. [...]”.

Y el artículo 116.4. del Reglamento Penitenciario es el que establece: “La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios”. Parece que esta reforma es puramente puntual, introduciendo en este artículo la referencia expresa a los programas de recuperación de los maltratadores.

Hay que considerar que, a pesar de estas previsiones, estos programas de recuperación se van a ver afectados de forma directa por las previsiones dispuestas en el artículo 57 CP referente a penas accesorias, en el sentido de que, en todos los casos de violencia de género, se establecerá como pena accesoria la prohibición de aproximación a la víctima estipulada en el artículo 48, apartado segundo.<sup>123</sup>

#### **8.4. Supuesto de quebrantamiento de medida de alejamiento. Consentida o no consentida.**

##### *8.4.1. Introducción. Distintos supuestos de quebrantamiento.*

El incumplimiento o quebrantamiento de la medida de alejamiento impuesta judicialmente al autor hacia la víctima, configurada como medida cautelar o como pena

---

<sup>123</sup> Acale Sánchez, María: “Ejecución de penas y tratamiento...”, *op. cit.*, p. 88.



directamente es uno de los fenómenos más frecuentes y característicos de la violencia doméstica/de género.

Se pueden distinguir dos tipos de quebrantamiento: el “ordinario”, o no consentido por la víctima y el consentido.

En cuanto al primero existe un cierto consenso jurisprudencial sobre sus requisitos y las dificultades en su apreciación suelen consistir en la interpretación tanto del requisito de conocimiento del agresor o notificación a este de la orden como en la interpretación de los supuestos de falta de dolo y/o encuentros fortuitos de este con la víctima.

Por el contrario, en el quebrantamiento consentido, tolerado o incluso provocado por la víctima beneficiaria de la medida, las discrepancias jurisprudenciales no pueden ser mayores, hasta el punto de que en esta materia como en ninguna otra, estamos ante un verdadero “caos jurisprudencial”.

Se han dado soluciones de todo tipo, de modo que un mismo fenómeno como es la reanudación voluntaria y consensuada de la convivencia entre agresor y víctima da lugar, respecto a la existencia del delito de quebrantamiento, a soluciones dispares y enfrentadas: desde afirmar la existencia del delito condenando al agresor y víctima como autor/cooperadora necesaria en el mismo, hasta defender la inexistencia total de delito para ambos, etc.<sup>124</sup>

#### 8.4.2. *Quebrantamiento por el agresor de la medida cautelar/pena de alejamiento a la víctima no consentido por esta. Artículo 468.2. CP.*

Para tratar este primer supuesto hay que hacer referencia al artículo 468 CP, el precepto que encabeza el Capítulo VIII referente al “quebrantamiento de condena” dentro del Título XX del CP.

El apartado primero del 468, se refiere a los supuestos en los que el reo quebrantare su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, en estos supuestos, el precepto incluye que el reo será condenado a pena de prisión de seis meses a un año si el quebrantamiento fuera de una pena de libertad y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

---

<sup>124</sup> Javato Martín, Manuel: “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial”, en Hoyos Sancho, Montserrat de (Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 125.

El apartado segundo del 468 a diferencia del tipo contemplado en el primero, no admite formas omisivas de comisión, debiendo exigirse una conducta activa por parte del autor. La acción típica vendrá determinada por la vulneración o incumplimiento del concreto mandato impuesto en resolución judicial como pena, medida cautelar o de seguridad.

Este tipo impone la pena de seis meses a un año “en todo caso” para los reos 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 [...] artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”.

En cuanto a este apartado la doctrina ha distinguido diferentes elementos del tipo.

En primer lugar, un elemento normativo, ya que es preciso que se haya acordado la prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima de violencia doméstica o de género, ya se haya configurado como pena, medida cautelar o de seguridad. No siendo necesario en el caso de medida cautelar que esta fuera firme.

Teniendo en cuenta que el precepto hace referencia a las prohibiciones estipuladas en el artículo 48 CP o a una medida de seguridad o cautelar “de la misma naturaleza”, no se extenderá la aplicación de este precepto a otro tipo de medidas como las de naturaleza civil.<sup>125</sup>

En el caso en que la medida se hubiera dejado sin efecto, pero la resolución que la motiva no hubiera sido notificada todavía a las partes, se entiende que a pesar de que el reo en su caso se hubiera acercado o comunicado con la víctima en la creencia de que aquella estaba vigente, no puede imputársele la comisión de un delito de quebrantamiento, al no concurrir el elemento normativo del que venimos hablando.<sup>126</sup>

En segundo lugar, se puede apreciar un elemento objetivo: el incumplimiento de la pena o medida. El tratamiento de este elemento puede llevar a confusión ¿en qué momento se considera que el reo ha sido notificado de la medida o pena que fuere? ¿es preciso un requerimiento?

La doctrina se encuentra dividida. Para algunos autores, como Magro Sarvet, tanto para la medida cautelar como para la sentencia de condena, basta la notificación personal de

---

<sup>125</sup> Cueto Moreno, Cristina: *El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento: problemática en el ámbito de la violencia doméstica y de género*, Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2016, p. 24.

<sup>126</sup> Idéntico criterio se recoge en la SAP San Sebastián, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2011 (ROJ SAP SS 179/2011).

la resolución donde conste expresamente la pena o medida a tomar. Por tanto, para estos no constituye elemento del tipo el requerimiento o intimación. En cambio, para otro sector doctrinal es preciso que, junto con la notificación de la resolución, se practique el correspondiente requerimiento en el que se advierta al obligado de la responsabilidad en que puede incurrir en caso de incumplimiento con la obligación. Además, en caso de tratarse de sentencia firme es preciso practicar la correspondiente liquidación de condena y notificación de la misma al penado con indicación de la fecha a partir de la cual comienza la ejecución, del tiempo de abono de la medida cautelar en su caso y de la fecha de terminación de la misma. La jurisprudencia en este sentido también se encuentra dividida.

Respecto a este tema, con la Guía de criterios de actuación judicial contra la violencia de género de 2013, se consideró que era necesario, para entender que ha sido cometido el delito de quebrantamiento de medida cautelar, que se documentara debidamente por el Secretario Judicial no solo la notificación personal de la resolución al imputado, sino un requerimiento de cumplimiento con apercibimiento expreso de incurrir en el tipo penal referido.<sup>127</sup>

En cuanto a la consumación del delito de quebrantamiento, se producirá cuando el sujeto activo realice la actividad prohibida en la resolución judicial. Se entiende que esta consumación tendrá lugar en la medida que se vulnera la prohibición de aproximación o comunicación, se comete cuando el autor consciente y voluntariamente infringe la prohibición impuesta sin necesidad de que el incumplimiento del mandato comporte ningún resultado perjudicial complementario. De aquí se obtiene un tercer elemento en el tipo, un elemento subjetivo, y en este aspecto la doctrina tiene una opinión unánime. Este delito de quebrantamiento se considera doloso, no siendo admisible su comisión imprudente.

Jurisprudencia reciente referida a este elemento es la STS, de 17 de diciembre, número 664/2018, recurso 504/201, que afirma que para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado.

Por falta de dolo, la jurisprudencia excluye de este tipo los supuestos de quebrantamientos no dolosos, no intencionales, sino fruto de encuentros agresor-víctima “causales” o fortuitos. Así, por ejemplo, encuentro no probado como dolosamente buscado, sino fruto de la coincidencia o desconocimiento de que la víctima estaría en el mismo lugar

---

<sup>127</sup> Cueto Moreno, Cristina, *op. cit.*, pp. 27-28.

(SAP de Madrid, Sección 23.ª, de 1 de julio de 2005, número 508/2005, recurso 148/2005); encuentros casuales en la calle con fugaz y mínimo contacto visual (SAP de Huelva, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2005, número 102/2005, recurso 169/2005); igualmente por falta del elemento volitivo del dolo, se excluyen del artículo 468.2. CP los supuestos de quebrantamiento objetivamente producidos pero donde el acusado no busca violentar la prohibición si no otros fines (comunicarse con los hijos, por ejemplo) de modo que las circunstancias del caso concreto no revelan el ánimo subjetivo que exige el tipo (así, la SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 25 de febrero de 2008, confundiendo entre dolo y móvil); y finalmente no faltan resoluciones que arguyen erróneamente falta o ausencia de dolo y absuelven del delito de quebrantamiento cuando es la que propicia o promueve el acercamiento a su agresor (por ejemplo, SAP 52/2006 de Granada, Sección 2ª, de 30 de enero de 2006).

En estas últimas resoluciones se afirma que: “[...] el dolo se desvanece si la víctima propicia el acercamiento [...]”, “[...] la voluntad de la ex compañera sentimental del acusado a que éste se le acercara justifica la absolución por delito de quebrantamiento [...] es por ello porque no ha existido ese elemento subjetivo del tipo[...].” (aquí refiriéndose a que no ha habido dolo), “[...] por lo que cabe estimar que no ha existido quebrantamiento [...]”.<sup>128</sup>

En cuanto al último supuesto de quebrantamiento, el que se da con consentimiento de la víctima, se hará hincapié en el siguiente epígrafe.

Como otras cuestiones de interés en cuanto al quebrantamiento, cabe preguntarse si podría ser posible la comisión de este delito en grado de tentativa, lo cual tiene o puede tener relevancia en los casos en los que el autor ha tenido intención de comunicarse, por ejemplo: en el caso el que quedara constancia de una llamada perdida telefónica y la víctima no llegó a contestarla por cualquier motivo. Según la jurisprudencia el TS en la sentencia número 650/2019, de 20 de diciembre, recurso 1369/2018, en el delito de quebrantamiento de pena o medida de seguridad, en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atiende, el mero hecho de llamar supone un acto consumado de comunicación, siempre que sea posible identificar la procedencia

El delito de quebrantamiento admite continuidad delictiva en su comisión. Así lo reconoce a STS de 21 de diciembre de 2017, recurso 10306/2017, la cual considera tal posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en este delito cuando los actos de

---

<sup>128</sup> Javato Martín, Manuel, *op. cit.*, pp. 128-129.

incumplimiento de la prohibición dispuesta supone no solo ese incumplimiento de la pena sino también la perturbación de las condiciones de seguridad dispuestas “que son perturbadas en su situación jurídica con cada concreto acto de acercamiento, con reiterado incumplimiento de la orden dispuesta para seguridad de la víctima.”

En cuanto a ello la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, establece cuando hay y no continuidad delictiva. La hay: “a) Cuando se producen múltiples y sucesivos encuentros y/o llamadas (según el contenido de la prohibición vigente) al margen del lugar, ocasión o cualquier otra circunstancia; b) Cuando, vigente una prohibición de comunicación, se producen repetidas llamadas, mensajes de texto o correos electrónicos.”<sup>129</sup>

#### 8.4.3. *Quebrantamiento consentido por la víctima.*

Como se ha citado en el apartado anterior, no son pocas las resoluciones que no admiten apreciar el quebrantamiento de la medida de alejamiento por el condenado en los casos en los que fuera la víctima la que consintiera o tolerara o incluso propiciara o impulsara dicho acercamiento.

Los supuestos no son infrecuentes y tienen origen en buena medida en la imposición automática y obligatoria de las penas del artículo 57.2 y 48.2 del CP (prohibición de aproximación). Solo hay que acudir al artículo 544 ter LECr relativo a la orden de protección como medida cautelar en los casos de violencia doméstica (extensivo a la violencia de género), el cual establece que la solicitud de tal orden de protección puede adoptarse de oficio por el juez o a instancia también del MF, no solo de la víctima.

#### - *Responsabilidad penal del agresor. Posiciones doctrinales y de la jurisprudencia menor y del TS.*

Este fenómeno plantea el problema de la apreciación de la relevancia típica a efectos del artículo 468.2. CP del consentimiento de la víctima en el acercamiento del agresor cuando el alejamiento acordado y luego quebrantado, ha sido impuesto tanto como medida cautelar (mediante auto) como cuando lo ha sido como pena en sentencia firme.

Entonces resulta necesario distinguir dos supuestos de quebrantamiento consentido: cuando la prohibición de acercamiento ha sido impuesta como medida cautelar o como pena.

En el supuesto en que la víctima promueva el acercamiento de su agresor al que se le impuso el alejamiento como medida cautelar la jurisprudencia menor (la emanada de los

---

<sup>129</sup> Cueto Moreno, Cristina: *op. cit.*, pp. 30-31.

tribunales inferiores) ha seguido distintos caminos, que se pueden distinguir en tres grupos de resoluciones.

El primer grupo parte del hecho de que el consentimiento de la víctima para el quebrantamiento de esta medida es irrelevante y que existirá delito del artículo 468.2. CP. Esta idea está respaldada por varias sentencias una de ellas es la SAP 170/2005, de las Palmas, Sección 1ª de 14 de julio de 2005, recurso de apelación 68/2005; entre otras.

Tales resoluciones consideran la irrelevancia del consentimiento para este delito basándose en argumentos como que el bien jurídico protegido del artículo 468 CP es el respeto y el acatamiento al cumplimiento de las resoluciones judiciales (distinto de la protección a las víctimas de violencia doméstica); la medida cautelar no puede dejarse al libre arbitrio de las partes; la víctima, en el caso de que fuera relevante su consentimiento podría estar en situación de especial vulnerabilidad ya que podría ser objeto de coacciones y presiones; y además el CP no recoge como causa de extinción de cualquier medida el perdón de la víctima, ni el consentimiento de reanudación de convivencia.

El segundo grupo de resoluciones, defiende que sí es relevante el consentimiento de la víctima, por ejemplo, la SAP 175/2006 de La Coruña, Sección 1ª, del 23 de octubre de 2007. Las sentencias apoyadas en esta idea se han basado en la STS 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005, recurso 781/2004 (ponente: Sr. Giménez García)

Por otro lado, un tercer grupo de resoluciones defiende la relevancia parcial del consentimiento de la víctima, existiendo delito del artículo 468.2. con error de prohibición.

Así por ejemplo la SAP 188/2005 de Huesca, Sección 1ª, del 18 de octubre de 2005, recurso 64/2005 (ponente: Sr. Gutiérrez Celma) estima parcialmente el recurso de apelación realizado por el MF y condena por delito de quebrantamiento de medida cautelar con error de prohibición vencible, ya que los acusados incumplieron el alejamiento ya que pensaban que no estaban cometiendo ningún delito al “darse otra oportunidad como pareja”<sup>130</sup>

La posición del TS ha ido evolucionando, así en resoluciones como la STS del 16 de mayo de 2003 se aprecia la postura contraria a dar relevancia al consentimiento de la víctima, en cambio, con la ya citada STS del 26 de septiembre de 2005 se generalizó la postura “a favor” de dar relevancia a tal consentimiento.

---

<sup>130</sup> Javato Martín, Manuel: El quebrantamiento consentido por la víctima. Estudio jurisprudencial., de *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales* Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 131-136.

Hasta esta sentencia no se había dado relevancia al consentimiento de la víctima y constituyó un punto de inflexión en la materia. La sentencia resuelve sobre una situación consistente en la reanudación voluntaria de la convivencia estando vigente una medida cautelar de alejamiento, así estipula: “[...] la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de circunstancias que justifican la medida cautelar por lo que debe desaparecer y quedar extinguida [...]”. Con esta conclusión, dicha resolución del TS parece desconocer el ciclo de la violencia familiar, de una espiral que atraviesa fases de agresión, arrepentimiento, reconciliación y nuevamente agresión y que determina claramente la necesidad de mantener la vigencia de la medida incluso en contra de la voluntad de la víctima para “ayudarla a salir de esa espiral” y protegerla.

La postura defendida por esta sentencia, ha sufrido numerosas críticas doctrinales, entre las principales, hacen depender la vigencia de la medida cautelar de la voluntad de la víctima para cuya protección se acuerda, que el consentimiento de la víctima determinaría la ausencia del riesgo... Además, Jiménez Díaz, afirma que esta postura concede como categoría de los elementos del tipo la voluntad de la víctima en cuanto a un delito que tutela intereses indisponibles, ya que, en el delito de quebrantamiento de una condena impuesta por una autoridad judicial, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia.<sup>131</sup>

Pero en 2008 con el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS del 25 de noviembre de 2008 en que se establecía “[...] el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad de los efectos del artículo 468 CP, al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica” cambió esta perspectiva. Desde su constitución, este Acuerdo se fue aplicando a sucesivas sentencias del TS dejando atrás la postura de la STS del 26 de septiembre de 2005.

Así, la STS 39/2009, de 29 de enero de 2009 (ponente: Sr. Delgado García), lo invoca, en relación a un supuesto constitutivo de delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, haciendo referencia a la irrelevancia del perdón del ofendido salvo en los casos en que la ley lo prevea expresamente.

No obstante, los Magistrados Sres. Bacigalupo Zapater y Maza Martín formularon un voto particular en el que afirman que conviene distinguir entre el quebrantamiento de una pena y el de una medida, teniendo en cuenta que la función social de la pena no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, mientras que la relevancia del consentimiento de la víctima en relación a medidas cautelares adoptadas a su instancia y para su protección

---

<sup>131</sup> Citado en: Javato Martín, Manuel: “El quebrantamiento consentido por la víctima...” *Op. Cit.* P.147.

viene dada desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación mientras que la relevancia del consentimiento de la víctima en relación a medidas cautelares adoptadas a su instancia y para su protección viene dada desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10 CE<sup>132</sup>.

De todas formas, no se ha llegado a una respuesta unánime por parte del TS. Se refleja esta falta de unanimidad en las STS 1307/2011, de 31 de enero de 2011 (ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar) y STS 1348/2011 de 14 de diciembre de 2011 (ponente: Sr. Ramos Gancedo) vuelven a reafirmar, haciendo referencia al Acuerdo no jurisdiccional del 25 de noviembre de 2008, la irrelevancia del consentimiento de la víctima en los supuestos de quebrantamiento “(en sendos casos relativos a una medida cautelar)”. Sin embargo, en la misma fecha de la primera de las dos sentencias citadas, 31 de enero de 2011, recayó otra STS 387/2011, (ponente: Sr. Soriano Soriano), contradictoria con la anterior, en la que, en relación a una medida cautelar, se vuelve a sostener la posible relevancia del consentimiento de la víctima a la hora de eximir de responsabilidad al obligado por una prohibición.

Respecto a la relevancia del consentimiento de la víctima al acercamiento del agresor cuando la prohibición de aproximación ha sido impuesta como “pena” en sentencia firme previa, la jurisprudencia es muy variada, pudiendo distinguirse también otros cinco diferentes grupos de resoluciones.

Se puede hablar de un primer grupo de resoluciones que defienden la relevancia del consentimiento, considerando inexistente el delito de quebrantamiento. Es la posición seguida por resoluciones con las de las SSAP 908/2007 de Madrid, Sección 17ª, de 5 de septiembre de 2007, recurso 268/2007; 222/2007 de Valladolid, Sección 4ª, de 19 de julio de 2007, 11/2007, etc. Estas resoluciones entienden que la aplicación doctrina de la STS de 26 de septiembre de 2005 se puede extender también al supuesto de quebrantamiento impuesto como pena y que el consentimiento de la víctima, entonces también excluiría aquí la posibilidad de aplicar el tipo del artículo 468 del CP, remitiéndose a los argumentos de esta STS.

En otras ocasiones la jurisprudencia menor recurre a la aplicación del error invencible de prohibición sobre la ilicitud del hecho, así la SAP 8/2005 de Orense, Sección 2ª, de 7 de abril de 2005, recurso 29/2005 (ponente: Sra. Blanco Arce) donde la AP estima el recurso de

---

<sup>132</sup> Cueto Moreno, Cristina: *El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento: problemática en el ámbito de la violencia doméstica y de género*, Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2016, pp. 54-55.



apelación y señala que debe absolverse al acusado del delito imputado pues está claro que sufrió un error invencible al pensar que la medida no se encontraba entonces vigente al tener el consentimiento de la víctima para acercarse a ella. Existen resoluciones que consideran que el bien jurídico del artículo 468.2. CP es doble: el correcto funcionamiento de la justicia y la protección de la víctima.

Existe otro grupo de resoluciones judiciales que consideran irrelevante el consentimiento, considerando que, en efecto, sí existe delito de quebrantamiento. Mayoritariamente, se sostiene que con el consentimiento de la víctima no se impide apreciar el delito de quebrantamiento del artículo 468.2. CP cuando la prohibición de acercamiento está materializada como pena en previa sentencia firme y no como medida cautelar.

La argumentación de este grupo se basaría entre otras razones con que la víctima no puede dejar sin efecto una pena impuesta dado que los bienes jurídicos protegidos por esta son indisponibles para las partes y solo cabría solicitar indulto y suspensión provisional mientras éste se tramite; que el bien jurídico que se protege es distinto de la mera protección de la víctima o que la aplicación de lo estipulado en la STS de 26 de septiembre de 2005 es considerada solo para el quebrantamiento del alejamiento impuesto como medida cautelar, no como pena.

También existe otro grupo que considerará relevante el consentimiento dependiendo de quién de los dos (agresor-víctima) se acerque.

Sentencia apoyada en esta postura es la SAP 373/2007, de Girona, Sección 4ª, de 4 de agosto de 2007, recurso 518/2007 (ponente Capdevilla Salvat, María del Carmen) en la cual se dispone: “[...] cuando es el penado el que se acerca o se comunica, incluso con el beneplácito de la víctima, esta conducta ya no puede quedar amparada bajo ninguna excusa, pudiendo hablar de delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2.CP [...]”

En otro grupo, se defiende que el consentimiento sea parcialmente relevante, es decir, existe delito, pero se aprecia atenuante analógica.

Según esta concepción, el consentimiento de la mujer sería irrelevante si es el condenado quien toma la iniciativa de acercarse, pero sí sería relevante si es ella quien provoca ese acercamiento o se comunica con el condenado y él se limita a responder o aceptar las citas, en cuyo caso existiría delito, apreciándose al acusado una atenuante analógica. Así sigue esta postura la SAP 5176/2008 de Madrid, Sección 17ª, de 14 de enero de 2008 (ponente: Sra. Carmena Castillo): “[...] no puede juzgarse al acusado por delito de

quebrantamiento de la prohibición de comunicación y/o acercamiento sin valorar la provocación de la perjudicada [...]”, lo que quiere decir es que no puede tratarse un supuesto en el que el condenado ha tomado la iniciativa de acercarse a la víctima igual que un supuesto en el que la iniciativa la ha tenido la propia víctima.<sup>133</sup>

Recientemente, ante esta postura la STS 667/2019, de 14 de enero de 2020 (RC 2561/2018) establece que no cabe apreciar una circunstancia atenuante analógica en los casos en los que la víctima de violencia de género consiente en que se le aproxime o se comunique con ella una persona que fue condenada a las penas de prohibición de aproximación y/o de comunicación respecto de tal víctima.

El TS, ha acogido en muchas de sus sentencias la línea jurisprudencial referida a no dar eficacia típica al consentimiento para excluir del artículo 468.2. cuando el alejamiento quebrantado fue impuesto como pena. Por ejemplo, en la STS 775/2007, de 28 de septiembre, recurso 10037/2007 (ponente: Sr. Maza Martín), en esta resolución se realiza un análisis valorando a ver si, en efecto, existe quebrantamiento de medida de alejamiento previamente impuesta como pena en sentencia firme o si, en cambio, es aplicable la STS del 26 de septiembre de 2005 en un supuesto de reanudación (de común acuerdo) de la convivencia. Ante esto, el TS establece la diferencia entre incumplimiento de una medida de seguridad, teniendo en cuenta la finalidad puramente preventiva, y el incumplimiento de una pena “[...] cosa muy distinta es, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima [...]”.

- *¿Posible responsabilidad penal de la víctima?*

La respuesta jurisprudencial respecto a la posible responsabilidad penal de la mujer en el quebrantamiento en el caso de consentimiento, ha sido muy desigual, por un lado, una respuesta a favor de la responsabilidad penal de la mujer y por otro a favor de su impunidad.

La postura a favor de la responsabilidad penal de la mujer se ha visto reflejada jurisprudencialmente en sentencias como la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ponente: Sr. Pérez Márquez). En ella y frente la sentencia del juez de lo penal que absuelve a ambos acusados (en un supuesto en el que la mujer con consciencia de la vigencia

---

<sup>133</sup> Javato Martín, Manuel: El quebrantamiento consentido por la víctima. Estudio jurisprudencial., de *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 136-140.

de la orden de alejamiento impuesta a su pareja, llama a esta para reanudar la convivencia, cosa que finalmente sucede), la Audiencia estima la apelación del MF, revoca la sentencia y condena a él como autor de un delito de quebrantamiento del artículo 468.2. CP y a ella como inductora y cooperadora necesaria del mismo delito.<sup>134</sup>

La mayoría de la doctrina, al encontrarnos ante un delito especial propio, considera que son aplicables al artículo 468.2. las reglas generales de participación y según esto la víctima entonces podría ser imputada en esta clase de delitos por inductora o cooperadora necesaria en la comisión del tipo. Aunque antes esta posibilidad de imputación, la propia doctrina admite que esto conduciría a resultados no buscados por el ordenamiento, por lo que trata de argumentar la falta de responsabilidad de esta.

Es minoritario el criterio que considera que debe castigarse siempre a la mujer como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento lo que quiere decir que en todo caso ha de castigarse a la mujer como inductora y cooperadora necesaria.

Es también minoritario el criterio que considera que debe de castigarse siempre a la mujer como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, a lo cual se indica la adecuada medida de que se comunique la liquidación de la condena a los beneficiarios del alejamiento, pare que conozcan el periodo durante el cual el penado no se les puede acercar o establecer comunicación y “para que comprendan que si acceden o provocan el acercamiento con el penado podrían colaborar en la comisión de un delito de quebrantamiento de condena”<sup>135</sup>.

La postura en cambio, enfocada a la impunidad de la mujer en estos casos puede encontrarse en varias vías argumentativas, entre ellas nos encontramos con el ya mencionado “error de prohibición”, para aquellos casos en los que se acredite que la mujer desconocía la ilicitud de su comportamiento al acercarse o consentir, respecto al artículo 468.2. CP. La SAP 188/2005 de Huesca, Sección 1ª, del 18 de octubre de 2005, recurso 64/2005 (ponente: Sr. Gutiérrez Celma) adopta esta postura.

Otro argumento a favor de la impunidad es. el estado psicológico “síndrome de la mujer maltratada” y falta de antijuricidad material, así en los casos específicos, la exención vendrá por una vía de imputabilidad de la mujer disminuida en base al desequilibrio emocional que presenta a causa de su maltrato y que puede ser casualmente relevante en la

---

<sup>134</sup> Javato Martín, Manuel, *op. cit.* p. 141.

<sup>135</sup> Cueto Moreno, Cristina, *op. cit.*, p. 60.

prestación del consentimiento, ya que no hay que olvidar que muchas veces además, la víctima ha normalizado la situación en la que se encuentra tras ese maltrato y no percibe el riesgo en el que puede encontrarse.

En esta línea se puede señalar la SAP 60/2007 de Segovia, Sección única, de 12 de diciembre de 2007, recurso 61/2007 (ponente: Sr. Javato Martín), aquí la AP desestima el recurso del MF sobre este supuesto por el que se pretendía que se considerara cooperadora necesaria en el quebrantamiento a la mujer que consintió la reanudación de la convivencia con su agresor pese a conocer la pena de alejamiento que él tenía impuesta sobre la base de alegar la concurrencia en la acusada del “síndrome de mujer maltratada”, consistente en un cuadro psicológico caracterizado por: la negación del maltrato o la banalización de la conducta del agresor que suele ser materializada en la retirada de la denuncia previamente puesta y con la defensa de comportamientos y reacciones por parte del agresor que tengan como resultado violencia física sobre ella.

Otras dos vías argumentativas a favor de esta impunidad son la imposibilidad de subsumir la conducta en el artículo 28.2. CP<sup>136</sup> y la falta de dolo.

El primer caso, es la tesis defendida en las Conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer en Madrid en 2005 y reiteradas en Oviedo en 2006 y Valencia en 2007, en los que se acordó: “[...] cuando el quebrantamiento se haya realizado con el consentimiento de la víctima no se producirá por el MF a interesar la deducción de testimonio contra ésta por delito del artículo 468 como autora por inducción, [...] al entender que esta conducta no es subsumible en [...] el artículo 28.2. CP”.

En cuanto al segundo caso, dado que el dolo en el quebrantamiento supone el conocimiento de la pena o medida impuesta, su extensión y vigencia y sin embargo la voluntad de incumplirla puede estimarse error de tipo cuando la mujer erróneamente cree que no resulta obligada por la prohibición al ocupar el puesto de sujeto pasivo.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Artículo 28.2. CP: “También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

<sup>137</sup> Javato Martín, Manuel, *op. cit.*, pp. 141-147.

## 9. CONCLUSIONES.

Toda persona con o sin conocimiento jurídico, esté o no de acuerdo, cuando habla de violencia de género, inmediatamente asocia que ese tipo de violencia es la ejercida sobre una mujer, y así es.

En nuestro ordenamiento jurídico hablamos de violencia de género cuando en realidad nos estamos refiriendo a violencia sobre la mujer. Esto puede que suscite gran perplejidad. ¿Por qué denominamos violencia de género a una violencia que nunca se refiere a la ejercida sobre el hombre? ¿Por qué esa especial protección a la mujer y esa agravación de la pena cuando es ella el sujeto pasivo? ¿Podría hablarse de que nos encontramos en un contexto de discriminación positiva? ¿Se puede considerar “constitucional” este tratamiento desigual de ambos sexos? ¿Se está construyendo un sistema basado en la victimización de la mujer?

Por un lado, sí que es cierto, como ya se explicó al inicio de este texto, que el término violencia de género en nuestra lengua podría calificarse de inexacto.

Se trata de un anglicismo, traducción de “*gender violence*” que significaría realmente “violencia por razón de sexo”, es decir, en nuestra lengua cuando se acuñó tal término (inexactamente) lo que se trataba de denominar era a ese tipo de violencia.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento, es obvio que podría concebirse este como una desigualdad manifiesta a favor de la mujer, que se encontraría en una situación más benevolente si ella fuera en el mismo tipo delictivo el sujeto activo y el hombre (marido o relación semejante) el pasivo. Pero ante esto hay que partir de la base de que la ley es el instrumento que utiliza el Estado para regular un conflicto existente en el presente de la sociedad, por lo que según vaya evolucionando esta así lo harán sus leyes. Así, remitiéndonos al Capítulo 3 observamos cómo evoluciona el tratamiento penal de este delito, considerándose cada vez más grave y más necesitada de una regulación clarificada de la violencia (en cualquiera de sus manifestaciones) dirigida hacia la mujer.

El aumento de atención tanto legislativa como social que ha experimentado esta violencia ha sido correlativo con el aumento de atención e importancia que se le ha dado a la mujer y a su papel histórico.

A pesar de que los hombres y mujeres hoy en día sean iguales ante la ley (iguales en la teoría) en la realidad social esto sigue sin ser así, lamentablemente, y por ello la Ley castiga con más severidad los actos de violencia dirigidos hacia las mujeres, porque como hemos

dicho, trata de acabar con un problema social, un problema de desigualdad fruto del machismo que impregna nuestra sociedad.

De ahí que en cuanto a la posible calificación de “discriminación positiva” de este tipo de regulación se puede hacer alusión a la STC 229/1992, de 14 de diciembre, que justifica esa diferencia de trato entre sexos partiendo de la doctrina de la “acción positiva” o derecho desigual igualitario acogida por este Tribunal. Esta puede definirse como un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados (que es el caso de las mujeres) “llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquéllos”. También en la STC 59/2008 establece que el legislador español al dar tal tratamiento “benevolente” a favor de la mujer estaba apostando por una cierta discriminación positiva con el objeto de provocar un cambio en el papel social de esta y de dirigirse no a la mujer como tal, sino a la mujer como víctima de la violencia de género.

Muchos estudiosos (y no estudiosos) de la materia, califican la regulación de la violencia de género como medio que desemboca en una desigualdad más aguda al darles a las mujeres un trato diferente, ya que al tratarlas siempre como “víctima” o asemejándolas a “persona especialmente vulnerable” como puede darse a entender en el artículo 153 CP se la sigue situando en una posición “débil” o inferior. Sin embargo, esto no es así.

La Ley con este tipo de medidas como hemos dicho “preventivas” trata de erradicar una violencia que ha sido y sigue siendo ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo por parte de su pareja o expareja aun sin convivencia. No se está creando un “personaje” vulnerable, se está protegiendo a un sujeto que es más susceptible de ser vulnerado que otro (el hombre), y esto se puede justificar con dos hechos objetivos: la realidad sociocultural actual, caracterizada por las relaciones aún existentes de poder de los hombres sobre las mujeres que han llevado al resultado en muchos de los respectivos casos de violencia de género al llamado síndrome de la mujer maltratada; y por otro lado, con puros datos estadísticos.

Sí que es cierto que no se puede justificar el tratamiento penal de un delito basándose únicamente en criterios estadísticos, pero sí pueden suponer un apoyo adicional a al criterio

seguido por el legislador en estos casos. Por ejemplo, en el año 2020, según el INE, los casos de violencia de género y doméstica fueron los siguientes: <sup>138</sup>

	Violencia de género	Violencia doméstica
Víctimas	29.205	8.279
Personas denunciadas	29.135	5.578
Personas condenadas	25.436	5.180
Personas absueltas	3.489	715

Aunque como criterio principal no pueda basarse ni justificarse la formulación de un tipo penal en la mera estadística. Si observamos la tabla de casos de este último año (teniendo en cuenta que también, según esta institución, los casos disminuyeron por razón de la pandemia en un 8,4% del año 2019 a 2020) el número de víctimas por violencia de género casi quintuplica el número de víctimas de violencia doméstica (es decir, violencia ejercida sobre un sujeto que puede ser el marido).

Por lo tanto, el tratamiento penal que se da a la violencia de género, considerándose un tipo de violencia doméstica “más grave” está justificada debido a la existente violencia estructural<sup>139</sup> que sigue presente en nuestros días.

Se lograría un criterio igualitario si viviéramos en una sociedad realmente igualitaria en la que la mujer no estuviera sometida todavía a una subordinación que se plasma en los tres ámbitos básicos: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral.

Pero más allá de la ley y su aplicación penal, existe un fondo de violencia antropológica, una lacra de machismo estructural, difícil de corregir y controlar, lo que hace todavía más apasionante el empeño y defensa de la dignidad de las mujeres.

---

<sup>138</sup> La Estadística de violencia doméstica y violencia de género se obtiene a partir de la explotación estadística del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género, cuya titularidad corresponde al Ministerio de Justicia. Su explotación estadística es consecuencia del acuerdo de colaboración suscrito en 2007 entre ambas instituciones, actualizado y renovado el 21 de noviembre de 2017.

<sup>139</sup> El término violencia estructural remite a la existencia de un conflicto entre dos o más grupos sociales (normalmente caracterizados en términos de género, etnia, clase nacionalidad, edad u otros) en el que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes y en perjuicio de las demás, debido a los mecanismos de estratificación social.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Madrid: Editorial Reus, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, María: “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, en HOYOS SANCHO, Montserrat de(Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales* Valladolid: Lex Nova, 2009, pp 65-106.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Protección penal de igualdad y derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, pp. 19-52.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes: “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.) y Parrilla Vergara, Javier (Coord.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: Bosch Editor, 2019, pp 91-129.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Jose Luis: “El adulterio ante la ley”. *El País*. 24 de noviembre de 1976.

BEAUVOIR, Simone de: *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra, 1972.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: *La violencia de género: aspectos penales y procesales*. Sevilla: Albolote Granada, 2007.

CARRASCOSA MIGUEL, Ana M. *Estudios sobre la violencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe Violencia Doméstica*, 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL *Guía de criterios de actuación judicial contra la violencia de género*, 2013.

CUENCA GARCÍA, María José. “La violencia habitual en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4. 1998, pp 629-664.

CUETO MORENO, Cristina: *El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento: problemática en el ámbito de la violencia doméstica y de género*, Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2016.



DÍAZ CASTILLO, Ingrid, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y VALEGA CHIPOCO, Cristina: *Feminicidio : interpretación de un delito de violencia basada en género*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Amaya. *Propuesta para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género* [Tesis doctorado, Universidad de Valladolid], 2015.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/1998 de la, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Manual de mediación penal*. Madrid: Edisofer s.l., 2018, pp.33-49.

GONZÁLEZ RUS, Juan José: “La Constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos JAVATO de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONEL MATEU, Juan Carlos (Coord.) *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 483-502.

JAVATO MARTÍN, Manuel: “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial”, en HOYOS SANCHO, Montserrat de (Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, , 2009, pp.123-152.

MAQUEDA ABREU, María Luisa: “1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en: HOYOS SANCHO,

Montserrat de(Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2009, pp.39-52.

MARTÍN DÍEZ, Fernando: Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos en: HOYOS SANCHO, Montserrat cd (Coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 669-688.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York: Naciones Unidas, 2006.

RODRÍGUEZ ADRADOS, FRANCISCO. Violencia que no es de género. *ABC*. 23 de junio de 2004, p.3.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili: *Femicidio/Feminicidio*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014.

## 11. ANEXO DE LEGISLACIÓN

Legislación española:

- Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

- Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

- Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

-Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

-Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género

- Real Decreto 1023/2020, de 17 de noviembre, por el que se actualizan las cuantías, los criterios y el procedimiento de distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género.

- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

#### Naciones Unidas:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por España por Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 (BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

- Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

#### Organización Mundial de la Salud:

- Resolución WHA49.25 de 25 de mayo de 1996, de la Asamblea Mundial de la Salud, sobre prevención de la violencia: un problema de salud pública.

#### Unión Europea:

- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011. Ratificado por España el 6 de junio de 2014 (BOE, núm. 137, de 6 de junio de 2014).

- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI)

- Recomendación R (99) 19 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la mediación penal.

## **12. ANEXO DE JURISPRUDENCIA.**

Tribunal Constitucional:

- STC 76/1990, de 26 de abril.
- STC 229/1992, de 14 de diciembre.
- STC 253/2004, de 22 de diciembre
- STC 59/2008, de 14 de mayo.
- STC 130/2016 de 18 de julio.
- STC 87/2020, de 20 de julio de 2020, recuso de amparo 6127/2018.

Tribunal Supremo:

- STS 701/2003, Sala de lo Penal, del 16 de mayo de 2003, recurso de casación 3117/2001.
- STS 1156/2005, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2005, recurso de casación 781/2004.
- STS 775/2007, Sala de lo Penal, de 28 de septiembre, recurso de casación 10037/2007.
- STS 39/2009, Sala de lo Penal, de 29 de enero de 2009, recurso de casación 1592/2007.
- STS 1307/2011, Sala de lo Penal, de 31 de enero de 2011, recurso de casación 10701/2010.
- STS 387/2011, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2011, recurso de casación 11256/2010.
- STS 1348/2011, Sala de lo Penal, de 14 de diciembre de 2011, recurso de casación 855/2011.
- STS 664/2018, Sala de lo Penal, de 17 de diciembre de 2008, recurso de casación 504/2017.
- STS 591/2019, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2019, recurso de casación 10497/2018.
- STS 667/2019, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2020, recurso de casación 2561/2018

Audiencias Provinciales:

- SAP 8/2005 de Orense, Sección 2ª, de 7 de abril de 2005, recurso 29/2005.
- SAP 508/2005 de Madrid, Sección 23.ª, de 1 de julio de 2005, recurso 148/2005.

- SAP 102/2005 de Huelva, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2005, recurso 169/2005.
- SAP 188/2005 de Huesca, Sección 1ª, del 18 de octubre de 2005, recurso 64/2005
- SAP 52/2006 de Granada, Sección 2ª, de 30 de enero de 2006,
- SAP 106/2008 de Tarragona, Sección 2ª, de 25 de febrero de 2008.
- SAP 170/2005, de las Palmas, Sección 1ª de 14 de julio de 2005, recurso 68/2005.
- SAP 175/2006 de La Coruña, Sección 1ª, del 23 de octubre de 2007
- SAP 908/2007 de Madrid, Sección 17ª, de 5 de septiembre de 2007, recurso 69/2007.
- SAP 222/2007 de Valladolid, Sección 4ª, de 19 de julio de 2007, recurso 11/2007.
- SAP 373/2007 de Girona, Sección 4ª, de 4 de agosto de 2007.
- SAP 5176/2008 de Madrid, Sección 17ª, de 14 de enero de 2008.

### 13. SITIOS WEB VISITADOS

<https://dle.rae.es/violencia?m=form> [consulta: 2 de mayo de 2021]

<https://dle.rae.es/g%C3%A9nero?m=form> [consulta: 2 de mayo de 2021]

<https://www.filosofia.org/hem/dep/abc/0040623.htm> [consulta: 17 de mayo de 2021]

<https://www.un.org/es/documents/ag/res/27/ares27.htm> [consulta: 17 de mayo de 2021]

<https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> [consulta: 18 de mayo de 2021]

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> [consulta: 18 de mayo de 2021]

<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [consulta: 18 de mayo de 2021]

<https://beijing20.unwomen.org/es/about> [consulta: 18 de mayo de 2021]

<https://elibro.net/es/ereader/uva/121220?page=97> [consulta: 5 de junio de 2021]

[https://ddd.uab.cat/pub/llobres/2017/181041/Llibre\\_2.\\_fronteras\\_contemporaneas.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/llobres/2017/181041/Llibre_2._fronteras_contemporaneas.pdf) [consulta: 5 de junio de 2021]

[https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/lo\\_008\\_1983.pdf](https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_008_1983.pdf) [consulta: 7 de junio de 2021]

[https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206) [consulta: 6 de julio de 2021]