



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Protección penal frente a la violencia de Género.

Presentado por:

Ainara Zarandona Martín.

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán.

Valladolid, 9 de julio de 2023

Resumen.

La violencia de género es aquella ejercida por el varón contra su esposa o exesposa, o contra la mujer con la que tenga o haya tenido una relación de afectividad, aún sin convivencia y como para erradicarla debemos enfocarnos en una posible reforma del código penal y de como se debe concienciar a la sociedad, a través de la ayuda de instrumentos jurídicos como el Convenio de Estambul en el ámbito internacional o mediante la aprobación de distintas leyes o reformas que se han aprobado a lo largo de los años.

Palabras clave.

Violencia de género. Víctima. Género. Violencia doméstica. Mujer. Convenio de Estambul. Pacto de Estado. Lesiones. Coacción. Amenazas. Protección penal. Lege ferenda.

Abstract.

Gender-based violence is that exercised by a man against his wife or ex-wife, or against the woman with whom he has or has had an affective relationship, even without cohabitation, and in order to eradicate it we must focus on a possible reform of the penal code and how to raise awareness in society, through the help of legal instruments such as the Istanbul Convention in the international arena or through the approval of different laws or reforms that have been approved over the years.

Keywords.

Gender violence. Victim. Gender. domestic violence. Women. Istanbul Convention. State pact. injuries. Coercion. Threats. Criminal protection. Lege ferenda.

ÍNDICE.

- 1. Introducción.**
- 2. Contextualización y evolución de la violencia de género.**
 - 2.1. Antecedentes.**
 - 2.2. Concepto de violencia de género.**
 - 2.3. Tipos de violencia de género.**
- 3. Dimensión internacional. Convenio de Estambul.**
- 4. Marco jurídico.**
 - 4.1. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la violencia de género.**
 - 4.2. Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017.**
 - 4.3. Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.**
 - 4.4. LO 2/2022, de 21 de marzo para la mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género.**
 - 4.5. Algunas dificultades de la noción y de la ley de violencia de género.**
- 5. Tipos penales de la protección frente a la violencia de género.**
 - 5.1. Agravación por motivos discriminatorios cuando concurre la razón de género (ART.22.4 CP)**

5.2. Lesiones. (ART.148.4 y 153 CP)

5.3. Coacciones. (ART.172.2 CP)

5.4. Amenazas. (ART.171.4 CP)

5.5. Agresiones sexuales (ART.180.1.4 CP)

5.6. Agresiones sexuales a menores de 16 años (ART.181.5. d CP)

6. Aspectos orgánicos y competenciales.

6.1. Aspectos orgánicos.

6.1.1. Los Juzgados de violencia sobre la mujer.

6.1.2. La fiscalía contra la violencia sobre la mujer.

6.2. Aspectos competenciales.

6.2.1. Competencia penal.

6.2.1.1. Objetiva y funcional.

6.2.1.2. Territorial y por conexión.

7. Protección penal de la igualdad y Derecho penal de Género.

7.1. La crítica al derecho penal de género.

7.2. Observaciones LEGE FERENDA.

8. Conclusiones.

ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| ART. | Artículo. |
| BOE. | Boletín Oficial del Estado. |
| CC. | Código Civil. |
| CCAA. | Comunidades Autónomas. |
| CE. | Constitución española. |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial. |
| CP. | Código penal. |
| EOMF. | Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. |
| LEC. | Ley Enjuiciamiento Civil. |
| LECr. | Ley Enjuiciamiento Criminal. |
| LO. | Ley Orgánica. |
| LOPJ. | Ley Orgánica del Poder judicial. |
| LOVG. | Ley Orgánica de Violencia de Género. |
| Nº. | Número. |
| Núm. | Número. |
| OMS. | Organización Mundial de la Salud. |
| RD. | Real Decreto. |
| TC. | Tribunal Constitucional. |

1. Introducción.

Este trabajo abarca la violencia de género desde el punto de vista del derecho penal.

Empezaremos con los antecedentes de la violencia de género y de cómo ha ido evolucionando a lo largo de los años, pudiéndose así dividir en dos periodos principales, uno que va desde el año 1989 hasta el año 2003 y un segundo periodo que comenzó en el año 2004 a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica de violencia de género hasta la actualidad.

Después, proseguiré con el concepto de lo que es la violencia de género, la que viene recogida en la Ley Orgánica sobre la violencia de género de la que ya hemos hablado, y las clases de violencia de género que nos podamos encontrar.

Seguiré con la legislación tanto en el ámbito internacional, en el que hablaré sobre el Convenio de Estambul y del impacto que ha tenido en nuestra sociedad, como en el ámbito nacional, en el que recogeremos las leyes más importantes que regulan la materia de la violencia de género, como son la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017; la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género y la LO 2/2022, de 21 de marzo, para la mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género.

Como se trata de ver la violencia de género desde el punto de vista del derecho penal, continuaré con los tipos penales de la protección frente a la violencia de género, en el que he abordado los ARTS.22.4 CP sobre la agravación de motivos discriminatorios cuando concurre la razón de género; los ARTS.148.4 y 153 CP que recogen las lesiones; el ART.172.2 CP sobre las coacciones; el ART.171.4 CP sobre las amenazas; el ART.180.1.4 CP sobre la agravación por razón de género y el ART.181.4.d CP sobre agresiones sexuales a menores de 16 años con la reciente modificación a través de la LO 4/2023 de 27 de abril.

También, desde una perspectiva del derecho procesal penal hablaré sobre los aspectos orgánicos, adentrándonos en lo que son y en cómo funcionan los

juzgados de violencia sobre la mujer y la fiscalía contra la violencia sobre la mujer y sobre los aspectos competenciales en el ámbito penal.

Y para terminar, abordaré la crítica existente al derecho penal de género y los aspectos relativos a la ley ferenda a través de un artículo publicado por la profesora Mercedes Alonso Álamo en la revista Cuadernos de Política Criminal 95.

En cuanto a las conclusiones habiendo visto todos los puntos mencionados con anterioridad, nos preguntaremos si es necesaria una reforma del Código penal para poder combatir de una forma más efectiva la violencia de género que aún hoy está muy presente no solo en nuestro país, sino en todo el mundo.

2. Contextualización y evolución de la violencia de género.

2.1. Antecedentes.

La violencia de género o también conocida con anterioridad como "*violencia en pareja*", se puede dividir en dos periodos, en cuanto a legislación y tratamiento se refiere. Un primer periodo comprendido desde el año 1989 hasta el año 2003, y un segundo periodo que va desde el año 2004 hasta el año 2008 aproximadamente¹.

En lo relativo al primer periodo (1989-2003), vemos como el movimiento feminista comenzó a hacerse evidente, habiendo ya una reivindicación de la realidad del maltrato contra la mujer, y pasó considerarse como un hecho estructural producto de razones históricas y culturales que condicionaban su existencia, entre ellas la dependencia económica, el reparto de papeles y funciones dentro de la familia, en la que la mujer seguía teniendo la consideración de subordinada, debido al mantenimiento de los estereotipos sexuales.

El problema de este primer periodo, es que el legislador a la hora de tipificar como delito ese maltrato, lo hizo siguiendo el modelo de una violencia doméstica, que incluía relaciones afectivas, conyugales, además de paterno filiales. Desde un principio, fueron claras las razones del fracaso del modelo legislativo

¹ MAQUEDA ABREU, M.L, *Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia de género*: DE HOYOS SANCHO, M (Dir.) *Manual de tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

adoptado y todas tenían relación con el distanciamiento existente con la realidad que se proponía regular. El resultado de esto fue un vacío aplicativo de parte de los tribunales, que garantizaron durante años la impunidad de los agresores y la indefensión de sus víctimas. Diez años después de su entrada en vigor en el año 1989, un delito que se había cometido de forma frecuente, comenzó a crear una importante alarma social (de ello se jactaron los medios de comunicación a raíz del caso de Ana Orantes en 1997) y del sistema de justicia penal ante el fenómeno de la violencia de género. Todo esto, sumado a las frecuentes manifestaciones y declaraciones que siguieron el caso de Ana Orantes contribuyeron para que se iniciasen nuevas reformas legales.

Va a ser ya en el año 1998, cuando se configura el Primer Plan de Acción contra la violencia doméstica. En las nuevas regulaciones entraron los casos de violencia psíquica o las parejas no convivientes y se acordó una definición de la "*habitualidad*" con la finalidad de identificar aquellos casos en los que un clima de agresión permanente amenazara la seguridad de las víctimas, y que cuya tutela iba a pasar a constituir uno de los objetivos preferentes de las sucesivas normativas penales a partir de la previsión de medidas de protección cautelares y acompañadas del juicio de condena, sin embargo esto no duraría mucho.

Finalmente se amplía y cambia la propia definición de violencia. Este nuevo concepto "*omnicomprensivo*" de violencia llegó a la Ley penal en 2003 y fue a partir de su ampliación a los malos tratos y las amenazas leves con armas en el ámbito doméstico en el año 2004. Aunque la citada ley del año 2003 no siguió una continuidad, ya que se puso de manifiesto un desencuentro entre la ley penal y la realidad de la violencia de género, con un primer efecto inadmisibles: el hecho de identificar a la mujer en la pareja como ser vulnerable, y por otro lado, la práctica iba a demostrar que la urgencia por criminalizar con penas, muchas veces desproporcionadamente elevadas, actos leves de maltrato que desincentivaría a los tribunales a investigar las situaciones graves de violencia que podían quedar escondidas detrás de la primera denuncia de malos tratos. Será la Ley 1/2004 (que desarrollaremos posteriormente) la que abrió un nuevo periodo legislativo que iba a heredar los desaciertos cometidos en este primer periodo.

En cuanto al segundo periodo (2004-2008), la Ley 1/2004, tuvo un gran acierto, que fue la perspectiva integral con la que se abordó el problema de la violencia en pareja. Sin embargo, hubo un desacierto en el sentido de que se declaró una Ley de género abandonando la perspectiva doméstica de las anteriores propuestas legislativas y es que en opinión de la profesora Maqueda² la perspectiva de género no es la que hace criticable la ley sino la ausencia de una perspectiva de género asumible, ya que el discutido recurso a leyes sexo-específicas necesita un mayor esfuerzo de justificación cuando se proponen combatir la discriminación en un contexto punitivo y el TC lo ha planteado en términos de razonabilidad, argumentando la existencia de una mayor lesividad en la violencia que los hombres ejercen contra la mujer en pareja, para así poder legitimar la existencia de una agravación penal en esos casos. Y también añade que la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve dañada la libertad de esta, que ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve particularmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida, al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como un ser con menores competencias, capacidades, derechos a los que cualquier persona merece, respondiendo así a las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que le habían sido presentadas en relación a los preceptos de la Ley integral que sancionan más gravemente al hombre cuando agrede levemente a la mujer, en el marco de una relación de pareja.

En cuanto a los medios de comunicación, estos se han dado cuenta de esa insatisfactoria realidad: juzgados colapsados y jueces desbordados por la sobrecarga de asuntos o insuficiencia de agentes policiales que controlen las medidas de protección decretadas frente a las cuantiosas denuncias por actos de maltrato, y, mujeres en situación de riesgo que viven en un clima persistente de hostilidad y amenaza, y que quedan invisibilizadas y confundidas bajo indiferencia a una violencia de género que etiqueta todo por igual. Ellas son las verdaderas víctimas de la desatención judicial e institucional. Una vez más se pone en evidencia la desconexión entre la realidad empírica y la legalidad vigente, ya que la práctica judicial ha demostrado que un alto porcentaje de mujeres no denuncian o, si lo hacen, no declaran después en contra de su

² MAQUEDA ABREU, M.L. *Veinte años de...*, cit.,p.6.

agresor o aún se retractan en juicio, motivando muchas veces una sentencia absolutoria, no dejando de ser común la complicidad de las mujeres en la desobediencia a las órdenes de alejamiento decretadas judicialmente contra sus agresores.

Un informe del año 2007 por parte del Observatorio Estatal de Violencia contra la mujer³ se refiere a un 62, 86% de denuncias frustradas por la renuncia de la mujer durante el juicio. En un primer momento demandaban ayuda, pero comprobaron como funciona la justicia penal y desconfiaron del sistema de manera radical, lo que expresaban acogiéndose a la excepción de secreto familiar o para tratar de remediar las consecuencias del proceso, se retractaban de lo antes dicho, incluso arriesgándose a ser perseguidas penalmente o simplemente emitían una declaración hostil a las pretensiones del acusador oficial.

Para concluir este apartado, hay que apuntar a que es también reconocida la elevada proporción de mujeres que consienten o aún propician la aproximación de su agresor. Si alguna conclusión es posible, a partir de una toma de conciencia de las conflictivas situaciones a que conduce el desconocimiento de la voluntad de la víctima, es la de reflexionar acerca de una línea de actuación distinta, desde el Estado, que no potencie la intervención penal ni el deber de denunciar de las mujeres. En definitiva, romper con el signo represivo de la Ley Integral y de las campañas institucionales que lo refuerzan, sobre la base de no ofrecer más soluciones al maltrato que las que pasan por el proceso, despreciando los efectos beneficiosos que puede aportar el recurso a vías socio-terapéuticas para desactivar los mecanismos de opresión y alineación que sufren las mujeres, en la línea propuesta por muchas profesionales de esos ámbitos.

2.2. Concepto de violencia de género.

El propio concepto de lo que es la violencia de género nos lo otorga la Ley Orgánica 1/2004, que define la violencia de género como aquella violencia ejercida por el varón contra su esposa o exesposa, o contra mujer con la que

³ El Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer es un órgano interministerial, al que corresponde el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género, creado por el Ministerio de Igualdad.

tenga o haya tenido relación de afectividad (pareja o expareja de hecho), aún sin convivencia (novio o exnovio).

Otro concepto de lo que es la violencia de género nos lo da la Organización Mundial de la Salud, que define la define como *“todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”*, aunque este concepto es un poco general ya que no hace alusión a personas concretas ni a ningún tipo de vínculo afectivo, ni a los actos de violencia de género en sí que se ejercen sobre las mujeres por el mero hecho de ser mujeres. El motivo por el que se produce la violencia de género, podríamos decir que es el conjunto de valores que aún predominan en la sociedad actual, ya que la violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio lenguaje... que han mantenido a la mujer en una condición de supuesta inferioridad. La violencia de género se configura así como un mecanismo social, justificado por la tradición mediante el cual las mujeres quedan sometidas a los hombres.

Podríamos decir que dos son los factores fundamentales en los que se pueden reunir todas las causas de la Violencia de Género, un factor de tipo cultural, que estaría dentro de violencia de género de tipo estructural (derivada de una forma cultural de definir las identidades y las relaciones entre los hombres y las mujeres) y un segundo factor de control y dominación social en el que se engloban dentro de una violencia de género de tipo instrumental (ya que la mujer es utilizada como instrumento de dominación, control social, mecanismo de sometimiento y subordinación de las mujeres, reflejos de rasgos básicos del patriarcado, que ha utilizado la violencia como medio de resolución de conflictos).

Para finalizar este apartado, debemos decir que no existe un perfil único de mujer víctima de violencia de género, las mujeres que sufren este tipo de violencia son de diferentes países, niveles socioeconómicos, niveles formativos... las únicas características comunes en las víctimas de violencia de género son las derivadas del maltrato, es decir, aquellas que se desarrollan tras sufrir violencia de género como baja autoestima, culpabilidad, aislamiento, dependencia, depresión,

estado vigilante constante, pérdida de identidad, abuso de drogas... además de las agresiones físicas de diversa gravedad.

2.3. Tipos de violencia de género.

Aunque en la Ley Orgánica 1/2004 solo hace referencia a la violencia física y psicológica, si nos fijamos en los daños producidos a la víctima y a los medios empleados para su ejercicio, atendiendo a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, se pueden clasificar los siguientes tipos de violencia:

- **Violencia física:** acto u omisión de fuerza contra el cuerpo de una mujer, con el resultado o el riesgo de producirle una lesión física o un daño. Se entiende por acto de fuerza empujones o golpes, entre otros. Mientras que entre las omisiones está impedir a la víctima comer, beber, tomar medicamentos, etc.
- **Violencia psicológica o emocional:** toda conducta u omisión intencional que produzca en una mujer una desvaloración o un sufrimiento, mediante amenazas , humillación, vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento o cualquier otra limitación de su ámbito de libertad.
- **Violencia sexual:** cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por las mujeres, incluida la exhibición, la observación y la imposición, mediante violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, de relaciones sexuales, con independencia de que la persona agresora pueda tener con la mujer o la menor una relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco.
- **Violencia económica:** lo que hace es privar intencionadamente a la víctima de recursos económicos propios o compartidos en el ámbito familiar imprescindibles para cubrir sus necesidades y evitar que pueda vivir con autonomía.
- **Violencia ambiental:** aquel tipo de violencia que se ejerce contra el entorno material de víctima, con la finalidad de conseguir control y sumisión por parte del agresor.

- Violencia vicaria: aquella que se ejerce contra una persona a través de sus hijos, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres a través de sus familiares o allegados menores de edad.

3. Dimensión Internacional. Convenio de Estambul.

Se trata de un Convenio del Consejo de Europa⁴ sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica que nace el 11 de mayo de 2011 y que está en vigor desde el 1 de agosto de 2014, que ha sido firmado por 46 países europeos y ratificado por 34, para estos últimos es vinculante.

Dicho Convenio reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos, una manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre llevando así a la discriminación de esta.

Los objetivos fundamentales del Convenio de Estambul son: proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluido mediante la autonomía de las mujeres; concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Además para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico. (ART.1)

En cuanto al ámbito de aplicación⁵, este Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las

⁴ Dicho Convenio se encuentra publicado tanto en la página web del Consejo de Europa como en la del Ministerio de Igualdad.

⁵ PARRILLA VERGARA, J. *Violencia sexual de género, hacia un concepto de violencia sexual no consentido* en VICTORIA VILLA SIEIRO, S. en *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 443-447.

mujeres de manera desproporcionada. También se alienta a las partes a aplicar el presente convenio a todas las víctimas de violencia doméstica y las Partes prestarán especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género en la aplicación del presente convenio y por último, el presente convenio se aplicará en tiempo de paz y en situación de conflicto armado. (ART.2)

El Convenio de Estambul nos da también una serie de definiciones a tener en cuenta: (ART.3)

- Por **violencia contra las mujeres**, 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.
- 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 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.
- Por **“género”**, se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.
- Por **“violencia contra las mujeres por razones de género”**, se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.
- Por **“víctima”**, se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en el primer y segundo apartado.
- El término **“mujer”** incluye a las niñas menores de 18 años.

Y, en cuanto a las obligaciones que tiene el Estado y la diligencia debida (ART.5), las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación y además las Partes

tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales.

El Convenio también dedica un apartado en materia de recursos financieros (ART.8), las Partes dedicarán recursos financieros y humanos adecuados para la correcta aplicación de políticas integradas, medidas y programas dirigidos a prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, incluidos los que realicen las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil.

Otro punto importante que trata el Convenio de Estambul tiene que ver con la recogida de datos e investigación (ART.11), ya que las partes se comprometen a recoger los datos estadísticos detallados pertinentes, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y también a apoyar la investigación en los ámbitos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, con el fin de estudiar sus causas profundas y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas tomadas para aplicar el presente Convenio. Y además, las Partes se esforzarán por realizar encuestas basadas en la población, a intervalos regulares, para evaluar la amplitud y las tendencias de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

También este Convenio recoge una serie de Obligaciones generales (ART.12):

- Las partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres.
- Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica.
- Todas las medidas tomadas conforme a la prevención tendrán en cuenta y tratarán las necesidades específicas de las personas que sean

vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas.

- Las Partes tomarán las medidas necesarias para animar a todos los miembros de la sociedad, en particular los hombres y los niños, a contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
- Las partes velarán por que no se considere que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el supuesto honor justifica actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
- Las partes tomarán las medidas necesarias para promover programas y actividades para la autonomía de la mujer.

Además este Convenio trata otras formas de prevención de la Violencia de Género como son la sensibilización, la educación, formación de profesionales, programas preventivos de intervención y tratamiento o participación del sector privado y los medios de comunicación entre otros.

4. Marco jurídico.

4.1. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, establece una serie de medidas de protección integral cuya finalidad es 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.

En esta ley se deja ver como el problema de la violencia de género no es únicamente del ámbito privado, sino que es un símbolo de la desigualdad que existe en la sociedad, una violencia que se dirige contra las mujeres por ser consideradas por parte de sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 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 las libertades fundamentales.

A través de esta ley se deja ver como los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye un ataque a los derechos fundamentales como el de la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación reflejados en nuestra Constitución, estos poderes conforme al ART.9.2. CE están en la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos tales derechos. Esta ley pretende atender las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar un respuesta global a la violencia ejercida sobre las mujeres. Su ámbito abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas y de igual modo se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula. Esta ley además establece una serie de medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo, que se refuerza con la publicidad a través de una imagen que respete a la igualdad y la dignidad de las mujeres. A esto hay que sumarle que se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros medios de protección social y apoyo económico, proporcionando una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales como normas penales y civiles, incluyendo la formación de los operadores sanitarios (para optimizar la detección precoz y a atención física y psicológica de las víctimas), policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley. Además, como las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro del entorno familiar ya sea de un forma directa o indirecta, la ley contempla también su protección, ya no solo para la tutela de sus derechos, sino para a su vez garantizar de una forma efectiva las medidas de protección adoptadas por la mujer.

Esta ley se estructura de la siguiente forma: en primer lugar un título preliminar, en dónde se recogen las disposiciones generales dela Ley refiriéndose a su objeto y a los principios rectores; lo sigue el Título I en el que se determinan las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en los ámbitos de educación (especificación de las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres), publicidad (respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de

comunicación públicos como en los privados) y en el ámbito sanitario (contemplación de actuaciones de detección precoz y apoyo asistencial a las víctimas, además de la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia de género que se remitirán a los Tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial); el Título II es el relativo a los derechos de las mujeres víctimas de violencia, Título en el que se garantiza el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional, también se reconoce el derecho a la asistencia gratuita, con el fin de garantizar a aquellas víctimas con recursos insuficientes para litigar una asistencia letrada en todos los procesos y procedimientos relacionados con la violencia de género, también se reglan medidas de apoyo económico, modificando el RD 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para que las víctimas de violencia de género generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo y asimismo se establecen medidas de protección en el ámbito social, modificando el RD 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato; el siguiente Título, el III, abarca la Tutela Institucional en el que se procede a la creación de dos órganos administrativos, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre las mujeres (una de sus funciones es la de proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres) y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (servirá como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el Delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia); lo sigue el Título IV, que introduce normas de naturaleza penal, por las que se pretende incluir dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de

afectividad, aún sin convivencia y también se castigará como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad y por último, en el Título V, se establece la llamada Tutela judicial para poder garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de género en las relaciones intrafamiliares, en el ámbito penal se toman una serie de medidas como por ejemplo la especialización de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces civiles.

4.2. Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017.

Fue un pacto entre los distintos Grupos Parlamentarios, las CCAA y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias, aprobado en diciembre de 2017, un Pacto de Estado⁶ que supuso la unión de un gran número de instituciones, organizaciones y personas expertas en la formulación de medidas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres, que se estructuró en 10 ejes de acción para un total de 292 medidas.

Con este pacto lo que se pretende es garantizar⁷ la mejora y el perfeccionamiento del sistema para la erradicación de la violencia de género independientemente del partido político que se encuentre en el gobierno y para ello se necesita un consenso institucional, político y social que muestre el compromiso de todas las institucional con la sociedad española. Es el Gobierno quién a través de la Delegación del Gobierno par la Violencia de Género impulsa las medidas en coordinación con el resto de Ministerios y Organismos Autónomos dependiente así como con las CCAA y Entidades Locales representadas por la Federación Española de Municipios y Provincias.

Para llevar a cabo las medidas que se recogen en el Pacto se alcanzó un compromiso económico global que supuso un incremento de mil millones de euros durante los próximos cinco años, y que se repartían de la siguiente forma: 100 millones de euros adicionales destinados a las Entidades Locales; 500

⁶ Dicho Pacto de Estado se aprobó en septiembre de 2017 y su vigencia era de 5 años, por lo que finalizó e septiembre de 2022.

⁷ ACALE SÁNCHEZ, M. *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp.52-54.

millones de euros adicionales destinados a las CCAA (que tienen competencia en materia de asistencia social, sanidad y educación) y 400 millones de euros adicionales destinados a competencias estatales contra la Violencia de Género dentro de los Presupuestos Generales del Estado. Y, para el seguimiento de las medidas del Pacto, se ha creado un grupo de trabajo con las CCAA para el diseño de un sistema de indicadores que permita controlar de forma objetiva el desarrollo de las medidas en línea con la metodología de trabajo de la Agenda 2030 y después, por parte del Congreso de los Diputados se ha creado la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado que tiene la tarea de hacer un seguimiento del Pacto además del control al gobierno en este ámbito.

Como hemos dicho al principio de este apartado, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género esta conformada por 10 ejes distintos⁸, pues bien vamos a desglosarlos:

- Eje 1: pasarán a desarrollarse acciones dirigidas a sensibilizar a toda la sociedad sobre el daño que produce la desigualdad y las conductas violentas y a ayudar a la toma de conciencia sobre la magnitud de la violencia contra las mujeres y las consecuencias que tiene para la vida de las mujeres y de su hijos e hijas.
- Eje 2: una mejora en la respuesta institucional a través de la coordinación y el trabajo en red, entre autoridades y organismos responsables, implicando así la maximización del uso de los recursos disponibles, promoviendo recursos de apoyo en el ámbito local, perfeccionado los protocolos de actuación y de comunicación entre lo diferentes agentes intervinientes.
- Eje 3: se busca una perfeccionamiento de l asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las mujeres víctimas de la violencia de género y a sus hijos/as y para ello es necesario que se revisen los planes de atención a las víctimas garantizando un tratamiento personalizado y potenciar y adecuar los recursos existentes así como facilitar el acceso a los mismos de todas las mujeres, en especial atención a los colectivos de mujeres más vulnerables.

⁸ ACALE SÁNCHEZ, M. *Violencia de...* pp.55-59.

- Eje 4: una intensificación en la asistencia y en la protección de menores, una protección específica de estos menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como una consecuencia de la violencia de género.
- Eje 5: un impulso de la formación de los distintos agentes para garantizar la mejor respuesta asistencial, para así ofrecer a las víctimas de violencia de género una mejor asistencia posible ya que es necesario que se amplíe la formación especializada de todos los profesionales que intervienen en el sistema como jueces y juezas, fiscales, equipos psicosociales, médicos forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal sanitario y personal docente (entre otros).
- Eje 6: una mejora del conocimiento como un complemento indispensable para contribuir de forma eficaz a la lucha contra todos los tipos de violencia contra las mujeres que se incluyen en el ámbito de aplicación del Convenio Citado (citado anteriormente) aportando datos más fiables, completos y detallados sobre sus formas, incidencia , causas y consecuencias, y para ello se asume el compromiso de asegurar el seguimiento estadístico de todos los tipos de violencia sobre las mujeres, teniendo en cuenta variables como edad, discapacidad, precariedad laboral o también la incidencia en el mundo rural.
- Eje 7: engloba recomendaciones a CCAA, Entidades Locales y otras instituciones, en calidad de agentes colaboradores necesarios para conseguir erradicar la violencia sobre las mujeres por razón de género.
- Eje 8: trata de visualizar y atender a las distintas formas de violencia de género fuera del contexto de pareja o ex pareja, prestando una especial atención a la violencia sexual, a la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, a la mutilación genital femenina y a los matrimonios forzados.
- Eje 9: aquí se desarrolla el compromiso económico con las políticas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres, para ello es necesario el respaldo presupuestario correspondiente, a cuyo fin los Presupuestos

Generales del Estado destinará a cada un de las administraciones, en el ámbito de sus competencias y la cuantía económica necesaria.

- Eje 10: son las medidas para el correcto seguimiento del Pacto de Estado, facilitando la información necesaria a la Comisión de Seguimiento del Pacto, así dicha Comisión podrá desempeñar sus funciones de evaluación y control de los avances realizados en el desarrollo del mismo.

4.3. Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.

Esta ley se desarrolla a partir de la pandemia de la COVID19, ya que las mujeres que son víctimas de violencia de género, son precisamente un colectivo que es especialmente vulnerable en situaciones de aislamiento domiciliario y que debido a la pandemia se veían forzadas a convivir con su agresor, situándolas en una situación de mayor riesgo.

Aquí se toman como precedentes tanto el RD 463/2020, de 14 de marzo, que dice que se deberán articular las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios destinados a su protección y asistencia, eliminando aquellos obstáculos que puedan dificultar o imposibilitar el acceso de las víctimas a los medios habituales de asistencia integral, comunicación y denuncia de situaciones de violencia de género. Y por otro lado el Convenio de Estambul, en el que se obliga a los Estado Parte a adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir y dar una respuesta a la violencia contra las mujeres, más en particular en su ART.7 en el que se deja ver que aquellas medidas que se adopten impliquen a todos los actores pertinentes como las agencias gubernamentales, los parlamentos y las autoridades nacionales, regionales y locales. Por lo tanto, esta Ley adopta una serie de medidas destinadas al mantenimiento y adaptación de los servicios de asistencia integral y protección, estableciendo medidas organizativas para así garantizar un adecuado funcionamiento de los servicios destinados a su protección, además de un adaptación de las modalidades de prestación de los mismos a determinadas circunstancias excepcionales a las que se ve sometida la ciudadanía.

Una vez hecha una pequeña introducción, esta Ley supone un ejemplo de ofrecer protección y asistencia a las víctimas y se toman una serie de medidas:

La primera medida es para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios de asistencia y protección integral a las víctimas de violencia de género y se tendrán por servicios esenciales: servicios de información y asesoramiento jurídico 24h, telefónica y en línea, además de los servicios de tele asistencia y asistencia social integral a las víctimas de violencia de género; servicio de acogida a víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres; el sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas cautelares y penas de prohibición de aproximación en materia de violencia de género y los servicios de asistencia integral a víctimas de violencia de género, y otras formas de violencia contra las mujeres que se deben prestar de forma presencial. Además las Administraciones Públicas competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar la prestación los servicios que vamos a nombrar a continuación, con las mismas características que antes del estado de alarma, estos servicios son: servicios de información y asesoramiento jurídico 24 horas, telefónica y en línea, dirigidos a víctimas de violencia de género (que deberán ser inclusivos y accesibles); el normal funcionamiento del servicio técnico de atención y protección para víctimas de la violencia de género; servicios de asistencia social integral que consisten e una orientación jurídica, psicológica y social, que incluye a su vez un seguimiento especial a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género mientras se prolongue la situación de emergencia, estos servicios deberán contar con la situación de permanencia domiciliaria, además de las limitaciones adicionales de las víctimas y prever alternativas a la atención telefónica (mensajería instantánea o alerta con geolocalización); aquellos servicios que inciden en la recuperación socio laboral de las víctimas de violencia de género y se tendrán que garantizar tanto las condiciones laborales de las mujeres víctimas de violencia de género que hayan sido incluidas en ERTE⁹, como el normal funcionamiento de los centros de emergencia, acogida, pisos tutelados y alojamientos seguros para víctimas de violencia de género, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual.

La segunda de las medias, es relativa a las medidas urgentes para favorecer la ejecución de los fondos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género por

⁹ Sigla de expediente de regulación temporal de empleo, procedimiento legal al cual se acoge una empresa para suspender temporalmente contratos de su plantilla o reducir las jornadas laborales.

las CCAA que hemos nombrado en el apartado anterior, en la que se establece que las CCAA y las Entidades Locales podrán destinar los fondos que les correspondan de dicho Pacto para poner en marcha todos aquellos proyectos o programas preventivos y asistenciales que se recogen en esta Ley, así como cualquier otro que tenga como objetivo garantizar la prevención, protección y atención frente a todas las formas de violencia contra las mujeres.

Y por último, para poder garantizar una protección, atención e intervención de forma integral a las víctimas de trata con fines de explotación sexual que se hayan detectado durante el confinamiento, se reforzará la vigilancia mediante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se facilitará alojamiento alternativo y asistencia sanitaria y social a aquellas víctimas que hayan contraído la COVID19.

4.4. Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo para la mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género.

Esta Ley tiene por objeto eliminar ciertas incertidumbres normativas y obstáculos que existen y a las que se enfrentan las huérfanas y huérfanos víctimas de la violencia de género con el objetivo de mitigar, aunque sea en parte, esa situación de extrema vulnerabilidad y así contribuir a que se den las circunstancias para que puedan desarrollar una vida plena, en condiciones de libertad e igualdad.

En cuanto a las reformas que lleva a cabo esta ley, nombramos las siguientes: en primer lugar, se reforma el régimen previsto en los ARTS.807 y ss. de la Ley 1/2000 de 7 de enero de la LEC para regular de una forma expresa la legitimación de los herederos de la víctima fallecida para instar así a la liquidación del régimen matrimonial conforme al proceso que se contempla; esta modificación hace necesario a su vez modificar el ART.87 ter de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para atribuir a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia en materia de procesos de liquidación del régimen económico matrimonial.

Esta Ley introduce un nuevo beneficio fiscal de naturaleza objetiva que consiste en eximir de las modalidades de gravamen a las que se refiere el ART.1 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado mediante RD 1/1993, de 24 de septiembre, a las transmisiones de bienes o derechos en beneficio de hijos/as,

menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para así llevar a cabo el correcto ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevará a cabo por aquellas mujeres fallecidas como consecuencia de la Violencia de Género, siempre que sirvan para satisfacer indemnizaciones que hayan sido reconocidas judicialmente.

Se incorpora así un nuevo supuesto dentro del ART.45.I.B), numerado como 33, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado mediante RD 1/1993, de 24 de septiembre, por el que la transmisión de ciertos bienes y derechos de la herencia de sus madres que tiene lugar por su fallecimiento, determina el devengo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y su obligación de pago por las huérfanas y huérfanos adquirentes.

4.5. Algunas dificultades de la noción y de la ley de violencia de género.

10

Los poderes públicos tienen la obligación de hacer frente de la forma más eficiente posible a la violencia sobre la mujer, de el momento tan significativo que marcó la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sus posteriores modificaciones.

Para comprender cómo está compuesta la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, debemos comenzar por el principio, es decir, España está configurada como un Estado de derecho que se fundamenta en los valores de libertad, justicia e igualdad (ART.1 CE) y por ello los poderes del Estado deberán intervenir para evitar la lesión de tales derechos básicos de los ciudadanos. Por otro lado, el ART.9 CE reafirma esa implicación que deben tener los poderes públicos para hacer efectiva la libertad y la igualdad de los ciudadanos, removiendo los obstáculos que pudieran interponerse para la consecución de tal objetivo.

Con la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se pretende abordar el problema o dificultad para eliminar este tipo de comportamientos agresivos sobre los miembros de un grupo parental, ya que en

¹⁰ MATA Y MARTÍN, R. *Algunas dificultades de la noción y de la ley de violencia de género*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

muchas ocasiones las conductas responden a patrones culturales anclados en la conciencia colectiva, se pretende hacer desde una perspectiva global que permita atacar los distintos aspectos vinculados a la violencia contra la mujer con una repuesta coordinada en sus contenidos y en sus distintos agentes intervinientes. Esta Ley plantea distintos aspectos relativos a la prevención y sensibilización, otros concernientes a la protección y seguridad, así como a la concesión de determinados derechos y asistencia social. También hay que añadir que esta norma pretende erradicar la violencia del hombre sobre la mujer desde unos precisos y exclusivos planteamientos, de acuerdo a lo que se conoce como violencia de género. Toda la norma se encuentra impregnada de esta noción que se quiere dejar definida en su ART.1:

“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 estas por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges o aún sin convivencia”.

De esta forma el fundamento general de la norma reside en la situación de discriminación y desigualdad de poder entre hombres y mujeres, en la manifestación de ese sustrato de poder del hombre sobre la mujer.

Como aspecto positivo de la norma podemos mencionar la identificación e individualización del problema, frente a la situación anterior, a esto hay que sumar que se ha conseguido una mayor sensibilización social frente a este tipo de hechos con implicación de un mayor número de personas, instituciones, administraciones y poderes del Estado. Pero por el lado negativo, las cifras de muertes y lesiones siguen siendo semejantes durante los últimos años, ya que este proceso de eliminación o al menos contención suficiente de la violencia sufrida por la mujer presenta, en su normativa y aplicación, tiene determinadas carencias en situaciones importantes.

En nuestro ordenamiento jurídico, la LO 1/2004 se convirtió en la receptora y expresión del concepto de violencia de género. La aprobación de la Ley Integral, pese a la unanimidad de las Cortes Generales, dio lugar a diversas maneras de valoración de su contenido y aplicación. Por un lado, quienes desde una posición feminista de género entendieron la respuesta legal (general y penal) como una mera expresión de la lucha contra la cultura machista imperante históricamente

en la sociedad, siendo la violencia de género la violencia que ejercen hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio y de posesión que han ejercido históricamente aquellos sobre estas, fundamentalmente en el ámbito de la pareja. De esta forma, ven en ella una norma necesaria, oportuna y con encaje constitucional, por lo que esta opción se basa en la constatación fáctica de la mujer como víctima principal, lo que obligaría a establecer una tutela especial que contrarrestare la desigualdad de poder en la que tendría su origen en la violencia sobre ella. Y de otra manera distinta, se ha querido hacer ver como el ordenamiento jurídico español había conseguido con anterioridad importantes logros en lo que a la normativa sobre protección de la vida doméstica, igualdad de la mujer y tutela judicial frente a agresiones criminales en estos ámbitos se refiere. Desde esta perspectiva se hace ver que la Ley Integral no posee un valor codificador o refundidor del conjunto de normas ya existentes sino que se produce una proliferación de regímenes procesales y penales sustantivos diversos que acarrearán con sí riesgos para el sistema jurídico y para los derechos fundamentales de las personas. Se entiende así que la Ley Integral opta por una solución extremadamente judicializada y punitiva el problema, sin profundizar en sus múltiples y complicadas causas.

Y para finalizar este punto, no hay que restarle importancia a la regulación penal de la definición de violencia de género que establece el ART.1 no debe ser desatendida y es que este precepto señala que este se entiende como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia. Además el precepto señala el tipo de hechos en que se puede concretar la violencia, que 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.

5. Tipos penales de la protección frente a la Violencia de Género.¹¹

5.1. Agravación de motivos discriminatorios cuando concurre la razón de género (ART.22.4 CP).

ART.22.4CP.

“Son *circunstancias* *agravantes...*

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Las razones de género¹² pasan a incorporarse al elenco de motivos discriminatorios cuya concurrencia va a dar lugar a la aplicación agravante contemplada en el articulado mencionado. Bajo esta premisa de subordinación y discriminación se entiende una clase de violencia que afecta a las mujeres por el hecho mismo de ser mujer, pero no por el conjunto de rasgos biológicos que diferencian a las mismas del sexo opuesto, sino por unos roles específicos atribuidos a lo femenino cuyo origen es social, estructural y cultural.

A este respecto, Lorenzo Copello afirma que el trato discriminatorio podría catalogarse como aquel comportamiento que conlleva implícitamente una negación de igualdad entre los seres humanos, negación fundamentada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia¹³.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Manual de Derecho penal Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹² OLAIZOLA NOGALES.I, *Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género*, en Estudios penales y criminológicos, vol.XXXIX, 2019.

¹³ LAURENZO COPELLO, *La discriminación en el Código penal de 1995*, en Estudios penales y criminológicos, 1996.

A nivel jurisprudencial, resulta de utilidad el análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 160/2018, de 9 de marzo, que toma sus argumentos de lo establecido por el TS respecto de la agravante 22.4 CP. En concreto, señala que nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante subjetiva, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor que atenta contra la vida o integridad de la víctima como expresión de su idea de su dominación sobre ella, tal como se desprende de lo señalado en la STS 314/2015, de 4 de mayo, en la que se aplicó la agravante por motivos racistas, si bien sus razonamientos pueden servir de orientación para interpretar la nueva agravante de actuar por motivos de género, y, conforme a la citada sentencia, entiende el Tribunal Supremo.

Además, el Alto Tribunal en su sentencia nº420/2018, de 25 de septiembre, define el elemento subjetivo como una “intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad”. En el mismo sentido, su sentencia nº565/2018, de 19 de noviembre, confirma que el agravante por razones de género posee un fundamento subjetivo “necesitando que concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que esta es inferior por el mero hecho de serlo. Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivados por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior”.

5.2. Lesiones (ART.148.4 y 153 CP).

En el Título III, se recogen, bajo el nombre “de las lesiones”, una serie de conductas cuya característica principal es que afectan directamente a la integridad corporal o la salud, física o mental, de las personas.

La regulación del Código vigente en muy amplia medida procede de una reforma del Código Penal anterior, en 1989. Frente a ello, la reforma de 30 de marzo de 2015 ha introducido algunos cambios significativos. En esta última reforma se reordena la materia, teniendo en cuenta que se suprime el Libro III del CP, donde se regulaban las faltas, con lo cual algunas faltas que existían e lesiones dolosas

pasan a ser delitos leves en los términos indicados, habiendo así supuestos de lesiones imprudentes regulados como falta que ahora se transforman en delito leve o desaparece por completo del código, pasando al derecho civil.

Nosotros vamos a centrar aquí en dos artículos en concreto el ART.148.4 CP y el ART.153 CP.

ART.148.4 CP.

“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 si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Este artículo se refiere a una de las formas agravadas del delito de lesiones, en cuanto al artículo 4, que ya hemos citado, se refiere a la mujer ligada al agresor por una relación de afectividad actual o pasada. Se trata así de una cuestión relativa a la violencia de género. Aunque si que es cierto que plantea problemas en algunos supuestos, como e relativo a las parejas lesbianas (en donde no se contempla el agravante) o el motivo de agravar la pena de lesiones graves pero no del homicidio, y se discute así su compatibilidad con la cláusula de igualdad ante la ley, ante lo cual el Constitucional asume esta regulación sí es compatible en tanto que se identifica con otras formas de discriminación positiva de la mujer en ámbitos como el laboral.

En relación con este artículo, podemos tomar como referencia la sentencia 59/2008 de 14 de mayo por el TC¹⁴, esta sentencia plantea una serie de cuestiones: la primera cuestión abre el debate de si se debe tomar en consideración que el género conlleva reflexionar acerca de como este transforma todo el sistema penal, y atendiendo a las palabras de Elena Larrauri Pijoan¹⁵, incorporar la variable de género implicaría analizar cómo esta produce alteraciones en normas e instituciones que están redactadas de una forma neutral y conllevaría admitir también la posibilidad de que los resultados para los géneros no son idénticos, pudiendo el género producir una diferencia no solo en

¹⁴ LARRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008* en Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009.

¹⁵ LAURRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y...* p.30

los casos que se distinguen de forma explícita, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal y también en sus pertinentes castigos; la segunda cuestión hace referencia al debate acerca de si los ataques de un hombre contra una mujer son más graves que a la inversa, y continuando con las palabras de la autora citada con anterioridad, al hombre se le presiona con una mayor pena no solo porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque de forma general el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, como consecuencia de un mayor temor que la agresión de un hombre ocasiona y la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo. Otro motivo adicional por el que la agresión del hombre a su pareja femenina puede considerarse más grave es que este está agrediendo a una persona en un contexto que socialmente la hace más vulnerable. Como consecuencia, en general la mujer está en una situación de mayor vulnerabilidad como producto de su vida en pareja, y por la tanto a la vulnerabilidad física hay que sumarle las dificultades por haber entrado en una institución cuya forma de estructuración sitúa a una de las partes (la mujer) en una posición de mayor vulnerabilidad.

El TC comprende que el legislador está autorizado a establecer una presunción basándose en lo que sucede de forma mayoritaria, así el TC alude en diversas ocasiones a *“lo que su acto objetivamente expresa”* o *“su significado social objetivo”*, dando a entender que independientemente de lo que quiera el hombre en concreto, su comportamiento conlleva estas consecuencias. Sin embargo, al admitir que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que el ART.153.1 CP (siguiente artículo que vamos a desarrollar) establece una presunción iuris tantum, que funcionaría como una presunción contra reo, en el sentido de que es el agresor quien debería probar su menor culpabilidad, implicando una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación. Y para evitar esto, es por lo que en numerosas sentencias se interpreta que existe un elemento del tipo implícito que la acusación debe probar que concurre, se trata por lo tanto de probar que la agresión se produce en un contexto de dominación o tiene por finalidad establecer un control general coercitivo. Con esta expresión se buscaba superar la dificultad probatoria del móvil, además de centrar la atención no solo en la agresión concreta, sino en el contexto en el cual se había producido la agresión.

Por lo tanto el maltrato ocasional es agravado cuando: ocasionó un mayor temor y produjo mayores posibilidades de lesión y se produjo en un contexto de dominación.

ART.153 CP.

“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 maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Este artículo se refiere a la violencia familiar o malos tratos a personas especialmente protegidas, precepto que surgió como mecanismo para combatir la violencia intrafamiliar. Este artículo tiene una larga historia detrás, cuyo origen está en el Código Penal anterior, en la reforma de 1989, en donde el legislador determinó que el maltrato físico no constitutivo de lesión se agravaba cuando tenía lugar en el medio familiar, y el hecho pasaba a ser delictivo si tenía carácter habitual. El Código vigente mantuvo este mismo esquema regulativo, pero con una modificación en septiembre de 2003, donde el legislador determinó convertir la antigua falta de malos tratos en delito, de modo que todo maltrato en el ámbito familiar es delito de acuerdo con este ART.153 CP. Si además se trata de un maltrato habitual, estaremos ante un delito previsto en un título posterior, el ART.173.2 (delitos contra la integridad moral). Por lo tanto, cualquier maltrato físico no constitutivo de lesiones, es automáticamente delito si se produce en el entorno intrafamiliar y además, si estos malos tratos son habituales, la pena se agrava. Y posteriormente, la reforma de 2004 añadió los supuestos 4 y 5 al ART.148 CP, y concreta el ART.153 CP añadiendo el siguiente dato *“el maltrato es un maltrato agravado si la víctima es la mujer, pareja, ex mujer o ex pareja”.*

Estos dos artículos suscitaron un debate constitucional¹⁶ y es que la idea de proteger a las mujeres frente a ataques que se producen contra ellas justamente por su condición de mujeres no se adoptó de una forma pacífica. El Consejo de Estado en referencia al anteproyecto, manifestó en su dictamen que elevar a delito todas las amenazas y coacciones leves contra todas las personas a las que se quiere brindar una especial protección podía plantear algunos problemas desde el punto de vista de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad ya que el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico concreto, sin que pueda utilizarse para ejemplificar, además añade, a su juicio, que los delitos de amenazas, coacciones y lesiones comparten un mismo bien jurídico con independencia de la víctima.

También se mostró muy crítico el CGPJ, en el documento aprobado por la mayoría del Consejo, entre muchas otras cuestiones que se critican del anteproyecto podemos destacar:

- Comenzó el órgano diciendo que materialmente nos hallamos en un panorama normativo de protección general integral, por lo que la Ley debería tener un valor codificador que no tiene.
- La Ley supone un retorno a la violencia de género, que en opinión del Consejo es un concepto que ha sido superado por el de violencia familiar o doméstica, puesto que conceptúa siempre la violencia de género como un subtipo de esta.
- Expusieron que las medidas promotoras de la mujer adoptadas por la LO 1/2004 pueden fundamentarse en la discriminación positiva, que no resulta aplicable al ámbito penal y que deviene una discriminación negativa para el varón, puesto que lo acaba responsabilizando más.
- Además, a su juicio, resultaba criticable que el concepto de violencia de género que contemplaba el ART.1 del Anteproyecto no se basase en la apreciación de datos objetivos y externos, sino en la intencionalidad del agresor.
- Concluía la posible constitucionalidad de la consideración como delito de las amenazas y las coacciones leves elevadas a la categoría de delito en

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad*, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2007.

función del sexo del sujeto pasivo, porque suponía una frontal vulneración del principio de igualdad, no justificable con la idea de discriminación positiva. En definitiva, sostenía que no hay incremento de injusto o de culpabilidad que aumente el merecimiento de pena, y que nos hallamos frente al ejemplo del derecho penal de autor, que ataca frontalmente el principio de culpabilidad.

- Finalmente, en lo que se refiere al tipo agravado de lesiones, entendía que si la cualificación obedece a la consideración de la mujer como más vulnerable, y se presupone con ello la superioridad, por lo que nos hallábamos ante un supuesto de presunción legal de inferioridad de la mujer, que resultaría inaceptable. Y es que, a su juicio, no se justifica una situación de mayor necesidad de protección de la mujer que no pueda solventarse aplicando las agravantes genéricas de abuso de situación de superioridad, discriminación por razón de sexo o mixta de parentesco.

Tal informe no se refería como tal al ART.153.1 CP, tuvo como efecto, al objeto de evitar una posible tacha de inconstitucionalidad de la Ley, que ya en la tramitación parlamentaria, junto a la especial protección de la pareja o expareja mujer, se incluyese la de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.¹⁷

Con relación a este debate, el TC se ha pronunciado en dos ocasiones, en los autos 233/2004, de 7 de junio y 332/2005, de 13 de septiembre, y en ambas resoluciones el Tribunal Constitucional ha negado la inconstitucionalidad del precepto que, en palabras del primero de los jueces proponentes se refería al maltrato “venial”, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucional autónoma cuya alegación pueda efectuarse de forma aislada en relación con otros preceptos constitucionales que tutelan el ejercicio de derechos fundamentales y que en el caso del derecho penal pueden verse quebrantados bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal,

¹⁷ ALASTUEY DOBÓN, *Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género*. Consideraciones críticas, en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp.57 y ss.

bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

- En abstracto, el Tribunal Constitucional reconoce que el juicio de proporcionalidad debe partir de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes que están penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, así como la proporción de sanción e injusto.

5.3. Coacciones (ART.172.2 CP).

ART.172.2. CP

“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, aún sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. NO obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Como hemos visto, el delito de coacciones se tipifica en el ART.172 CP. El tipo básico aparece contenido en el primer apartado de este artículo. El precepto comienza diciendo *el que sin estar legítimamente autorizado*, esto es algo prescindible, ya que se podría poner en casi todos los delitos. Y la acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíba, o compelerle, a efectuar o que no quiere y es que, el empleo de violencia es

fundamental en este delito. Esto plantea problemas interpretativos, ya que la acción se caracteriza por llevarse a cabo con violencia, este es el elemento distintivo de este delito frente a las amenazas, la violencia frente a la intimidación. La violencia es un concepto que ha experimentado una progresiva ampliación e la jurisprudencia y es que se ha ampliado este concepto y ya no se exige que la violencia sea fuerza corporal, servirá con cualquier acción que impida la víctima hacer lo que quiera o le compele a hacer lo que no quiera.

Ahora bien, este impedimento de la voluntad de la víctima el legislador lo trata de formas diversas y cada una con un alcance distinto: impedir a hacer algo, en donde el propio tipo básico señala que se refiere a impedir hacer algo que la ley no prohíbe; compeler a hacer algo, cuando se constriñe la voluntad de la víctima con violencia, obligándole a hacer algo, es irrelevante lo que se constriña a hacer sea lícito o ilícito.

Este apartado 2, del ART.172, recoge a las coacciones en el ámbito familiar, y es que castiga al que de modo leve coaccione a su esposa, o ex-esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, con una pen de prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad, así como las correspondientes inhabilitaciones de hasta 5 años si el Tribunal lo estimara oportuno. Y contiene también las agravaciones de la pena al que coaccionara a una persona especialmente vulnerable que conviviera con él, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, tenga lugar en el domicilio común o de la víctima, se realice quebrantando una pena del ART.48 CP. Y por último, el delito se cierra con la regulación de las coacciones leves, que vienen a ocupar el lugar de las antiguas faltas de coacciones, que son delitos perseguibles a instancia de parte, con una pena de multa de 1 a 3 meses, y en cuanto la modalidad agravada de las coacciones leves, que se refieren a que si la víctima de las coacciones son alguna de estas personas (hermanos, ascendientes, descendientes,...).

Y por último, la reforma mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, añade nuevas formas de coacción en su ART.172 ter, en el que su apartado 1, castiga el delio de hostigamiento o acoso que es una conducta perseguible a instancia de parte, y hay dos conductas que menciona el legislador que funcionan como características limitadoras que son necesarias para que se dé el delito: la

insistencia y que el acoso limite la vida cotidiana (stalking); el apartado 2 contempla la variante intrafamiliar, en este caso llama la atención que en este caso no hay una modalidad agravada ulteriormente si la víctima, además de ser una de las genéricas del ART.173.2, es la mujer o ex-mujer; y el apartado 3, contiene una cláusula concursal muy discutible, pues dice que las penas se impondrán sin perjuicio a las que se pudieran imponer a los delitos concretados con el acoso, es decir, se pena por acoso y por los delitos subsiguientes.

Y finalmente, el apartado 3 contiene una cláusula concursal muy discutible, pues dice que las penas se impondrán sin perjuicio a las que se pudieran imponer a los delitos concretados con el acoso, es decir, se pena por acoso y por los delitos subsiguientes.

5.4. Amenazas (ART.171.4 CP).

ART.171.4 CP.

“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 aún sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Las amenazas han sufrido mínimas modificaciones en la última reforma. En las amenazas, además de proteger la libertad, también se protege la tranquilidad y la seguridad, no en sentido de formar la conducta de la víctima, sino que inciden las amenazas en un momento previo, la amenaza incide en el momento mismo de formación de la voluntad de la víctima, por lo que afecta a más de un bien jurídico (libertad, tranquilidad,...).

La regulación es compleja porque el legislador introduce diversos criterios clasificatorios, este habla por un lado de amenaza simple o amenaza condicional, distingue por otra parte según el mal con el que se amenaza sea o no constitutivo

de delito, y finalmente distingue amenazas según la gravedad. Se discute si es un delito de lesión o de peligro, y la doctrina sigue la teoría de que se trata de un delito hipotético, pues se exige que se dé la característica de que se pueda intimidar, independientemente de que la víctima se sienta o no intimidada, y en ese sentido es delito de peligro, pero hipotético o posible. Lo que sí que es necesario es que la amenaza sea conocida por la víctima.

Es un delito de comisión dolosa. Se duda de si cabe o no la tentativa, aunque conceptualmente cabría pensar que sí. Hay amenazas específicas recogidas en otros lugares del Código en lo relativo a representantes del Estado, con penas más graves. La amenaza, aunque lo normal es que sea verbal, puede ser de muy diversa índole (escrita, mediante gestos...). La amenaza consiste en exteriorizar el propósito de causar un mal, en la privación de un bien presente o futuro, en principio ilícito, sea delictivo o no. A la hora de regularlo el legislador distingue entre un mal constitutivo o no de delito aquel con el que se amenaza y en cualquier caso, no es amenaza exteriorizar el propósito de hacer valer un derecho.

Sobre las amenazas no constitutivas de delito, el ART.171 CP se ha incorporado una mención a las amenazas que antes eran constitutivas de faltas y ahora son delitos leves. Estas amenazas tienen una doble regulación dentro del ART.171 CP.

- El apartado 1 contiene el tipo básico. Estas amenazas de un mal que no constituya delito, solo son punibles si son condicionales, y dicha condición no es una conducta debida y obligada y se castigan con pena de prisión de 3 meses a 1 año, o multa de 6 a 24 meses.
- El apartado 2 castiga cierto tipo de amenazas, como las referidas a no divulgar determinados hechos relativos a la intimidad, como la homosexualidad, el adulterio... que tienen mayores penas.
- En el apartado 4 se contempla nuestro tema a tratar, el caso de amenaza a mujer o ex-mujer, que entra a formar parte de lo relativo a la violencia de género. Aquí llama la atención la falta de coherencia interna, pues agrava la amenaza leve por violencia de género pero no la menos grave. Además, las amenazas leves a los miembros de la familia en el amplio sentido del ART.173.2 CP el legislador distingue según sea con o sin

armas, sin embargo, cuando las amenazas leves son hacia la mujer desaparece la distinción. Además, el apartado 5 contempla las amenazas leves a estas víctimas, pero cuando se llevan a cabo con armas, entrando en un delito menos grave.

- Hay una causa de agravación genérica en el apartado 6 cuando los hechos se llevan a cabo en presencia de menores, en el domicilio común de la víctima...
- En el apartado 7, referido las amenazas leves, se castiga el que amenace de forma leve otro tan solo con multa, de 1 a 3 meses, siendo valorativo el decidir si es leve o no. Hay ciertos sujetos de agravación de esta amenaza leve si las víctimas son del entorno familiar, del ART.173.2, pero sigue constituyendo un delito leve, lo que varía es la pena correspondiente, y varía que el hecho es perseguible de oficio.

Además, el legislador en este contexto recoge un delito que es una forma de amenazar particular, el chantaje, que además se da la particularidad de que no solo se regula aquí, sino también en el ámbito de los delitos patrimoniales se recoge un delito próximo, que es la extorsión. El chantaje es un tipo cualificado de este delito, recogido en el apartado 2 del ART.171. Se trata de una amenaza condicional, pues se amenaza condicional, pues se amenaza a cambio de una prestación. El mal con que se amenaza es revelar datos privados no conocidos públicamente que pueden afectar a derechos fundamentales de la víctima. También se hace diferenciación entre si se consigue o no lo que se pretendía.

Contiene una cláusula muy discutida, porque está dirigida a facilitar la denuncia del chantaje, y para ello se hace una buena oferta para facilitar que el chantajeado denuncie así y perseguir al chantajista, pero dicha oferta no es plena porque se deja en manos del fiscal acusar o no por ese delito y al juez rebajar o no la pena.

5.5. Agresiones sexuales (ART.180.1.4 CP).

ART.180.1.4 CP.¹⁸

“Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años, para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179,...

Cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

Aquí, el delito que se está agravando por razón de género son las agresiones sexuales y el agravante es una circunstancia modificativa de la responsabilidad que determina un aumento de la pena correspondiente al delito por suponer una mayor peligrosidad del sujeto o una mayor antijurídica de su conducta, en este precepto esa circunstancia modificativa, es la de haber cometido una agresión por el mero hecho de ser mujer.

Hay que diferenciar entre lo que es el agravante de discriminación por razón de sexo y la agravante de género, que ha sido aclarada por el Tribunal Supremo en la STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020, que afirma que el sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (ART.3 Convenio de Estambul). De esta manera, la Sala de lo Penal ofrece una perspectiva más amplia de la violencia de género, al entender que va más allá de las relaciones conyugales o de pareja y se dirige contra la mujer por el mero hecho de serlo.

En congruencia con lo dispuesto en el Convenio de Estambul y la aplicación a este delito de la imprescindible perspectiva de género, también contemplada en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, esta circunstancia añade un agravante específico de género. En primer lugar, se está incluyendo que la referencia a situaciones de especial vinculación con el agresor, cuando el autor

¹⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A. *El pacto de Estado y los presupuestos de reforma en el ámbito de la violencia sexual contra la mujer en VILLA SIEIRO, S. en Violencia de Género, justicia penal y Pacto de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp.331-333.

haya sido el cónyuge o persona que haya estado ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, que habrían sido valoradas por la jurisprudencia en diversos fallos, equiparándolas al parentesco. La nueva redacción suprime la referencia al preavalecimiento de la relación de superioridad, cuyo significado y elementos quedan incluidos en la situación de superioridad como elemento típico del delito de agresiones sexuales (ART.178.2 CP). En segundo lugar, la incorporación de la agravante específica de género se fundamenta en el citado Convenio de Estambul, cuyo artículo 36.3 estipula que *“las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”*.

En concreto el ART.46 del referido Convenio estipula que *“las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente convenio: que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno”*.

5.6. Agresiones sexuales a menores de 16 años (ART.181.5.d CP).

El delito de agresión sexual a menores de 16 años, ha sido modificado recientemente mediante la LO 4/2023, de 27 de abril, en el que se determina que la agresión sexual es un delito que consiste en la realización de actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento y constituye uno de los delitos contra la libertad sexual del Código Penal.

Antes de la reforma del “solo sí es sí”, se diferenciaba entre abuso y agresión sexual, habiendo abuso sexual si no mediaba violencia o intimidación. Pero la citada reforma hizo desaparecer el tipo específico del delito de abuso sexual, de manera que ahora, cuando no hay violencia o intimidación, existe un delito básico de agresión sexual.

El Código penal dedica el capítulo II del Título VIII del Libro II a las agresiones sexuales a menores de 16 años. Antes de la reforma del “solo sí es sí”, también se recogían aquí los abusos sexuales a menores de 16 años.

Así pues, entre los ARTS.181 y 183 bis se regula una serie de delitos sexuales en los que la víctima no ha alcanzado dicha edad. El tipo básico de la agresión sexual a menor de 16 años es el siguiente:

“1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años, será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años”.

En resumen, las agresiones sexuales a menores de 16 años pueden consistir en:

- Realizar actos sexuales con el menor (ART.181).
- Violación (ART.181.4).
- Hacer al menor presenciar actos sexuales, aún sin participar en ellos. Dichos actos pueden ser a su vez un agresión sexual o no (ART.182).
- Contactar a través de tecnologías de la información y la comunicación con un menor de 16 años y proponerle concertar un encuentro para cometer un delito del ART.181 o del ART.189, si la propuesta se acompaña de actos materiales encaminados al acercamiento (ART.183.1).
- A través de cualquier tecnología de la información y la comunicación, contactar con un menor de 16 años y realizar actos para embaucarle para que facilite material pornográfico o muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor (ART.183.2).

Sin embargo, en aquellos casos en los que no concurren las circunstancias del ART.178.2, el libre consentimiento del menor de 16 años excluye la responsabilidad penal por los delitos anteriores si el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física o psicológica (ART.183 bis).

Va a ser en el apartado 5 en su apartado e) el que se va a encargar de recoger una serie de agravantes en el delito de agresión sexual a menor de 16 años. En el que las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aún sin convivencia.
- Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.
- Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los ARTS. 149 y 150 de este código, sin perjuicio de lo dispuesto en el ART.194 bis.
- Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
- Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

6. Aspectos orgánicos y competenciales.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, entre esas medidas por ejemplo, se encuentra la de la atribución de la tutela jurisdiccional en materia de violencia de género a unos órganos jurisdiccionales específicos de nueva creación, los llamados Juzgados de Violencia sobre la mujer. Estos juzgados constituyen así unos Juzgados de Instrucción especializados dentro del orden jurisdiccional penal con competencia para la instrucción de este tipo de delitos de género, además del enjuiciamiento de ciertas faltas. A todo esto, este tipo de juzgados poseen *vis attractiva* para el conocimiento de determinados asuntos civiles en materia de familia en función

de la conexión con la anterior materia penal. El fundamento de dicha especialización que se erige en uno de los principios rectores de la ya citada ley, no es otro que proceder a una lucha más eficaz contra este tipo de delitos causados por agresor-hombre contra víctima-mujer.

6.1. Aspectos orgánicos.¹⁹

Dentro de este punto va a pasar a analizarse en primer lugar, el órgano de nueva creación especializado que son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y también el examen de otro órgano especializado, que es el de la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer, que se encuentra dentro del seno de la propia Fiscalía General del Estado.

6.1.1. Los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

Como vemos recogido en el Título V de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se trata de un órgano jurisdiccional de carácter unipersonal competente para el conocimiento conjunto de todas aquellas controversias penales que puedan llegar a afectar a la mujer víctima de violencia de género y, en su caso, menores e incapaces a su cargo, siempre y cuando el agresor sea hombre con el que le una relación matrimonial o afectiva.

Sin embargo, esta especialización de Juzgados y Tribunales es un punto crítico de la presente legislación desde la doble perspectiva judicial y procesal, ya que, aunque aparentemente dicha especialización pueda reputarse beneficiosa desde la justificación la complejidad jurídica que adquieren determinados sectores del ordenamiento jurídico (complejidad que puede derivar de la realidad social y económica que hoy impera). Por ello, tras sucesivos informes por parte de órganos e instituciones españolas a favor de tal especialización, se llega a la proposición de Ley núm. 122/000163, de 21 de diciembre de 2001 (inmediato antecedente de la actual legislación), en cuyo ART.96 se contemplaba la creación de los entonces llamados Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares de ámbito provincial y con competencia para conocer de todas las cuestiones que se susciten en materia de derecho de la persona y de derecho de la familia. Se

¹⁹ JIMENO BULNES, M. *Aspectos orgánicos y competenciales* en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.) en *Manual de tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009, Capítulo 13.

trataba de atribuir a tales órganos jurisdiccionales especializados el conocimiento de causas relativas al ámbito de violencia doméstica y no exclusivamente de género, una cuestión que entró a debate durante todo el procedimiento de tramitación parlamentaria de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género de forma anticipada. El problema radica en la constitucionalidad de dicha acción positiva emprendida por el legislador a la hora de instaurar unos órganos jurisdiccionales específicos para el conocimiento de causas que cumplan un doble requisito en ambo casos de carácter subjetivo, por una parte, la comisión del hecho por un agresor-hombre y por otra, contra una víctima-mujer y así el peligro de configurar un Derecho Penal de autor. Por todo esto y que se partió de experiencias previas a favor de una primera opción de especialización de los propios Juzgados de Instrucción (exclusivos o mixtos) que tuvo lugar en algunas localidades española, se consideró necesaria la creación de tales Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que dio lugar a su vez al segundo problema; la pretendida inconstitucionalidad por algunos defendida en cuanto lesiva del principio de imparcialidad del juzgador y a la postre infractora del derecho fundamental al debido proceso contemplado en el ART.24.2. CE, además de la lesión en términos generales del principio de igualdad contenido en el ART.14 CE. Pese a esto, desde un inicio fueron aportados argumentos a favor de su constitucionalidad, ya que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cumplen todos los requisitos necesarios para afirmar garantizado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y son creados mediante Ley Orgánica al igual que su competencia se halla predeterminada legalmente con carácter general.

Y para finalizar este punto, vamos a diferenciar entre los dos tipos que existen de Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por un lado están los que son exclusivos, que son aquellos de nueva creación que solo tienen las competencias propias atribuidas por el posterior ART.44 de LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género sin compartir con cualesquiera otras distintas de las allí mencionadas; y por otro lado los que son compatibles o compartidos, que se trata de la asunción de la competencia en materias propias de los anteriores Juzgados de Violencia sobre la mujer por parte tanto de los Juzgados de Instrucción como, en su caso, de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Estos juzgados, deberán

compaginar la nueva materia de violencia de género con la ordinaria penal y llegado el caso incluso ordinaria civil en el supuesto de los juzgados mixtos.

6.1.2. La fiscalía contra la violencia sobre la mujer.

El ART.70 de la ya citada LO 1/2004, de 28 de diciembre, introduce un nuevo artículo (hoy en día ART.20 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, a partir de ahora EOMF) por el que se crea la Fiscalía Delegada contra la Violencia sobre la Mujer con categoría de Fiscal de Sala y al que se le encomiendan una serie de funciones allí contenidas. De este modo, no se trata de una Fiscalía especial como las ya existentes en materia de tráfico de drogas y corrupción, sino una fiscalía delegada dependiente e incorporada en la estructura de la Fiscalía General del Estado, sin perjuicio de que en un futuro pueda llegar a convertirse en Fiscalía especial al necesitar, antes o después, de una estructura o soporte orgánico como es lo propio en fiscalías especiales.

En cuanto a las funciones que tiene este órgano son las siguientes: práctica diligente del ART.5 del EOMF e intervención directa en procesos penales de especial trascendencia a juicio del Fiscal General del Estado, dentro de lo comprendidos en el ART.87 ter.1 LOPJ; intervención por delegación del Fiscal General del Estado en los procesos civiles contenidos en el ART.87 ter.2 LOPJ, para lo cual será igualmente requisito la nota de especial trascendencia; supervisión y coordinación de las actuaciones emprendidas por las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, quienes además estarán obligadas a presentar informe relativo a tales actuaciones por ellas llevadas a cabo y dicha información deberá ser proporcionada al correspondiente Fiscal Jefe de las respectivas Fiscalías donde estén integradas dichas secciones; coordinación de criterios de actuación entre las distintas fiscalías en materia de violencia de género y elaboración de propuesta de instrucciones a la Fiscalía General del Estado y para ello, la Fiscalía Delegada podrá proceder a la comprobación de tales hechos de violencia de género bien de forma directa o indirecta a través de la recepción de informes o copia de la documentación; elaboración semestral de informes con destino igualmente a la Fiscalía General del Estado en los que se haga constar los procedimientos tramitados así como las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género y finalmente a la elaboración de memoria anual, formulación de propuestas y estudios legales, intervención en

mecanismos interinstitucionales de cooperación en la lucha contra la violencia de género y doméstica, participación en la adopción de protocolos de coordinación con los restantes organismos competentes en materia de violencia de género y ocuparse de mantener relaciones institucionales con otros colectivos implicados en la materia (autoridades judiciales, policiales, sanitarias y asistenciales, colegios de abogados y procuradores).

6.2. Aspectos competenciales.

Constituyen tales aspectos competenciales²⁰ de la nueva regulación en materia de violencia de género el segundo punto crítico tras el examen de la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, a los que no solo se le atribuye una competencia penal que les es propia, sino también una competencia civil para el conocimiento de determinados asuntos vinculados con el hecho punible objeto e enjuiciamiento penal. Pero nosotros únicamente nos vamos a centrar en la competencia penal.

6.2.1. Competencia penal.

6.2.1.1. Objetiva y funcional.

Los ARTS.44 de la ya mencionada LO 1/2004, de 28 de diciembre y el ahora ART.87 ter.1 de la LOPJ proceden a realizar una enumeración de la competencia penal objetiva y funcional, utilizando conjuntamente ambos criterios ratione materiae y ratione personae ya que no solo se tienen en cuenta solo las circunstancias cualitativas de los delitos atribuidos sino también la calidad o condición de las personas contra las que se dirige el proceso penal. Por tanto, los supuestos de competencia penal legalmente enumerados son:

- a) Instrucción de determinados delitos cuyo enjuiciamiento y fallo corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios en virtud de los procesos ordinario, abreviado o especiales. No se realiza enumeración de tipos delictivos concretos sino con carácter general de las figuras delictivas y en concreto de los delitos que se citan de forma expresa son los de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad

²⁰ JIMENO BULNES, M. *Aspectos competenciales...* p.43.

incluida la sexual e integridad moral y de cualesquiera otros delitos cometidos con violencia e intimidación.

- b) Instrucción en procesos por delito contra los derechos y deberes familiares.
- c) Adopción de órdenes de protección con destino a las anteriores víctimas, a salvo de la competencia interina de los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia.
- d) Conocimiento y fallo de determinadas faltas, en concreto aquellas producidas contra las personas y contra el patrimonio.

6.2.1.2. Territorial y por conexión.

En relación con dicha competencia territorial ha de observarse la introducción de un nuevo ART.15 bis de la LECr por mor del ART.59 de la ya citada LO 1/2004, de 28 de diciembre, y con ello la modificación de la regla general de atribución territorial de la competencia penal a favor del establecimiento del domicilio de la víctima en calidad de fuero universal. En sintonía con el objetivo principal de la presente legislación se pretende con esta modificación de criterio competencial allanar al máximo la denuncia o solicitud de medidas por quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley mediante acercamiento del órgano competente, hasta el punto de que con tal medida se busca acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima y no viceversa. Este propósito, no obstante, produce también disfunciones en el propio sistema judicial, más allá de la propia interpretación del concepto de domicilio sobre el que parece existir acuerdo, debe reputarse el contenido en el ART.40 CC y así, el lugar de residencia habitual en este caso de la víctima de violencia de género o al menos aquel en el que tenga mayor arraigo para el caso de no estar presente dicha nota de habitualidad.

Pero a raíz de esto, se han planteado desde la perspectiva teórica y práctica al respecto, además de las ya iniciales críticas vertidas a esta ruptura entre el criterio general y el clásico de competencia penal. Y es que desde la perspectiva teórica se argumentó en su día la dificultad de llevar a cabo una investigación a distancia en este tipo de delitos producida por la propia dificultad de recabar las fuentes probatorias así como el perjuicio que podría irrogarse a terceros participantes en el proceso; asimismo, se incide en la posible voluntad de la

víctima de alterar dicha regla al llevar a cabo un cambio de domicilio ante lo cual la tutela pretendida carecería de efectividad ya que en virtud de la regla de *perpetuatio jurisdictionis* no operaría ulterior modificación de dicha competencia territorial una vez iniciadas las diligencias penales. Es decir, la problemática fundamental reside en el momento de consideración de dicho domicilio, bien a la fecha de presentar denuncia o bien a la fecha de comisión de los hechos, habiéndose decantado finalmente el Tribunal Supremo por considerar este último.

En cuanto a la competencia por conexión, el ART.60 de la ya citada LO 1/2004, de 28 de diciembre, contempla una reducción de los supuestos a los que da lugar esta conforme las normas generales, por cuanto solo se contempla la conexión por dos causas dentro de aquellas previstas en la regla general del ART.17 LECr; así, y en concreto, los Juzgados de violencia sobre la Mujer solo podrán conocer como delitos conexos aquellos cometidos como medio para cometer o facilitar la ejecución de otros y aquellos cometidos como medio para procurar la impunidad de otros delitos. Además, no se contemplan los restantes supuestos de conexión, tales como la conexión simultánea, la comisión bajo acuerdo o previo concierto y la comisión análoga, lo que, además de resultar a priori criticable, se manifiesta de una forma incoherente desde una perspectiva técnico-procesal. Entre los supuestos más llamativas excluidos de tal regla de conexidad se encuentran, por una parte, el caso de las llamadas "*denuncias cruzadas*"²¹ o agresiones mutuas entre mujer-hombre y hombre-mujer por causa de delito, que provocarían inicialmente la distorsión de ser atribuidas cada una de ellas a la competencia de un Juzgado diferente al no contemplarse la conexidad simultánea; otro de los casos, sería el caso de la agresión a los agentes de la autoridad en el transcurso de la detención policial y quienes se verán obligados a peregrinar entre el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en calidad de testigos y el Juzgado de Instrucción en calidad de víctima al resultar igualmente excluida la conexidad análoga. De ahí que aún cuando en un primer momento la intención de restringir tales causas de conexidad pudiera considerarse acertada a fin de evitar una extensión *ad infinitum* de la competencia penal de tales Juzgados de Violencia

²¹ Es el suceso que se dan en determinados procedimientos penales, en los que ambos miembros de la pareja, son al mismo tiempo denunciante y denunciado.

sobre la Mujer, la práctica judicial y social ha venido a abogar por una mayor flexibilidad en este sentido.

7. Protección penal de la igualdad y Derecho penal de Género.

7.1. La crítica al derecho penal de género.

El derecho penal de género²² ha sido criticado desde distintos puntos de vista, llegando a afirmarse que introduce una discriminación positiva de la mujer al establecer penas más severas, en relación con determinados tipos de delitos, si la es el sujeto pasivo, incluso se ha suscitado su posible constitucionalidad por vulneración del principio de igualdad (ART.14 CE). A raíz de ello han surgido as siguientes criticas que vamos a ir analizando:

- a) Introduce algo impropio en la materia de derecho penal que es una discriminación positiva hacia la mujer al establecer penas más severas en determinados delitos si la mujer es el sujeto pasivo y el varón el sujeto activo. Los motivos de tal critica se pueden sintetizar en 3 aspectos según Lorenzo Copello: *“por excluir al varón de forma sistemática y por el solo hecho de su sexo de la tutela penal reforzad frente a la violencia doméstica que se concede a la mujer; por privarle el acceso a los nuevos juzgados de violencia creados con el fin de mejorar la tutela penal de los ciudadanos; y sobretudo, por sancionarlo más severamente cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino”*²³

De aquí se deduce que el Derecho penal de género no se trataría tanto de tratar lo desigual de forma desigual cuanto de tratar lo igual como igual. Además, su aplicación no debería ser automática, ya que esto no debería ser suficiente para que la acción recaiga sobre la mujer sin otra razón que el dato objetivo de la pertenencia del autor al sexo masculino. Y, para la imputación objetiva, debería exigirse la efectiva concurrencia de una violencia de género y de una acción efectivamente peligrosa para el bien

²² ALONSO ÁLAMO, M. *Protección penal de la igualdad y derecho penal de género*, Cuadernos de Política Criminal 95, 2008, pp. 19-54.

²³ LAURENZO/ MAQUEDA/ RUBIO (coords.), *La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo en Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

jurídico que se pretende proteger. El problema es que si se tratara de acciones aisladas e insignificantes, malamente podría invocarse el atentado contra la igualdad.

- b) Viola el principio de proporcionalidad al establecer penas de hasta 1 año de prisión por conductas como el empujón o la bofetada, o la amenaza o la coacción leve, en el curso de una discusión doméstica, incluso si esto sucede por primera y única vez, conductas que, de no concurrir las relaciones personales contempladas en el tipo darían lugar a una simple falta.
- c) Lesiona el principio de non bis in ídem. En primer lugar, en la cláusula concursal del ART.25.1. CE, ya que la violación estaría presente en el ART.173.2 CP, según la cual la pena se impondría sin perjuicio de las que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, pero tal crítica perdería en gran parte su base de aceptase que la violencia de género atenta contra un específico bien jurídico, y, en segundo lugar, se ha sostenido la vulneración del principio de non bis in ídem, en relación con la definición de habitualidad (ART.173.3. CP). Podría ser una falta justificada si se adopta una concepción objetiva de habitualidad en la que es decisiva la repetición de actos violentos ya que los actos particulares han podido ser objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, sin embargo, hay un inconveniente a la hora de aceptar esta concepción objetiva de habitualidad y es que solo habría una propia lesión del principio non bis in ídem si los actos particulares han fundamentado ya la habitualidad en un proceso precedente.
- d) Es de aplicación automática en diversos ámbitos. Ya que, en primer lugar, se critica la aplicación automática del delito y la pena más grave siempre que la acción recaiga sobre la esposa o mujer, porque de aceptarse que estamos ante un delito contra la integridad moral debería acreditarse que la acción es objetivamente peligrosa para dicho bien jurídico y en segundo lugar, se destaca críticamente que la pena de alejamiento es de aplicación obligatoria y no meramente facultativa, lo que entra en conflicto con el carácter personal y los fines que la pena debe cumplir y lleva a cuestionar su constitucionalidad.

- e) Plantea problemas desde la perspectiva del sujeto activo, y es que en primer lugar, el ART.1.1 de la Ley Integral ya mencionada, parece restringir el sujeto activo de los delitos de violencia de género al hombre que actúa en el marco de las relaciones de poder en la pareja, y en segundo lugar, la restricción el sujeto activo al varón ha sido entendida como una limitación de su libertad a fin de proteger a la mujer. Esta crítica es una traducción del pensamiento de que detrás de toda discriminación positiva de la mujer se halla la discriminación directa del varón, y de la discutible intelección del Derecho Penal de género, que aquí se viene denunciando, como manifestación de discriminación positiva.
- f) La sucesiva ampliación del círculo de los sujetos pasivos, con el consiguiente desdibujamiento del derecho penal de género.
- g) Sería preferible garantizar la protección de las víctimas por otros medios. En primer lugar, hay que nombrar la exigencia de luchar contra la violencia de género con más medios policiales y electrónicos y en segundo lugar, deberían considerarse suficientes los tipos penales tradicionales, como lo son el homicidio, el asesinato, lesiones o amenazas y coacciones y adoptar medidas preventivas como la de alejamiento y de no aproximación o comunicación con la víctima. Y en tercer y último lugar, que a partir de la consideración de que tales medios nunca serán suficientes para evitar las violencias de género, se postula flexibilizar la legítima defensa respecto de la víctima de la violencia de género.
- h) Es ineficaz. Y es que el endurecimiento de las penas de forma desproporcionada no solo disminuye o anula su eficacia preventiva sino que puede tener efectos criminógenos, ya que favorece la aparición de conductas violentas más graves ante la expectativa de que, se haga lo que se haga, la pena no va a guardar correlación con la gravedad del hecho.
- i) Es manifestación del Derecho penal del enemigo. Esta es una crítica ligada a la tesis que ve en el Derecho penal de género una manifestación de la discriminación positiva, y es que en efecto, el establecimiento de penas más severas para el hombre que para la mujer en una misma conducta puede llegar a sugerir que el derecho penal de género podría llegar a ser considerado como una manifestación del Derecho penal

enemigo contrapuesto al Derecho penal del ciudadanos. Sin embargo, frente a esta crítica cabe señalar que el derecho penal de género no participa de los rasgos propios del Derecho penal enemigo y que tampoco puede aceptarse que sea expresión, ni de lege lata ni de lege ferenda, de discriminación positiva.

- j) Es manifestación del Derecho penal de autor y vulnera el principio de culpabilidad. En esta crítica podemos encontrar a su vez distintos ámbitos: (1) se constata que la imposición de una pena severa ante un injusto insignificante, en atención a que el sujeto activo es varón y el pasivo mujer, se fundamenta en una presunción que no admite prueba en contrario de que el hombre que amenaza o coacciona a la mujer, sobresale siempre de su superioridad y tiene el fin de mantener el dominio sobre la misma y con ello se está vulnerando el principio de culpabilidad y el de responsabilidad por el hecho, (2) se pone de relieve que la elevación de simples faltas a delito se fundamenta en que las acciones aisladas constituyen un indicio de que se volverá a delinquir, es decir, en la peligrosidad del autor, con abandono del derecho penal de culpabilidad, permitiendo así suscitar la cuestión de si estamos ante un fraude de etiquetas toda vez que, en rigor, tales penas desproporcionadas fundadas en la peligrosidad futura serían auténticas medidas de seguridad, (3) la crítica gira en torno al concepto jurídico de habitualidad, y es que, el establecimiento de penas en atención, no tanto a las conductas futuras sino a las conductas pasadas se han permitido sostener que el derecho penal de género supone una recaída en el derecho penal de autor con una violación del principio de culpabilidad (4) que la crítica desde la perspectiva del Derecho penal de autor se dirige finalmente al fundamento del derecho penal de género en la desigualdad estructural, histórica, entre hombres y mujeres y pone de relieve que, partiendo de una situación dada de la que es responsable la colectividad, se hace responder al hombre individual, víctima él mismo de dicha situación, con evidente menoscabo del principio de culpabilidad. Sin embargo, esta crítica, presupondría aceptar la aplicación automática del delito con independencia de la peligrosidad objetiva para el bien jurídico y por lo más importante ahora,

de la referibilidad personal a su autor, una tesis la cual no comparte la autora de este artículo, la profesora Mercedes Álamo²⁴

- k) Es manifestación del Derecho penal simbólico y de la creciente expansión del derecho penal que incide negativamente en los intereses de las mujeres a la que se pretende proteger. Y es que, la función simbólica del Derecho penal ha de estar sometido a ciertos límites.
- l) Atenta contra la dignidad de la mujer a la que se pretende proteger. Otra de las razones que se han invocado en contra del derecho penal de género es que responde a un modelo proteccionista de la mujer, contrario a su dignidad, ya que se estaría otorgando a la mujer una sobreprotección propia de periodos anteriores que se consideraban superados con la supresión de la agravante de desprecio de sexo o la modificación de los delitos sexuales, por poner un ejemplo. En el fondo, se estaría tratando a la mujer como si fuera especialmente vulnerable, incluso presumiéndose la mayor vulnerabilidad y necesitada de mayor protección que los hombres, ancianos o niños. Aquí hay que hacer una serie de matizaciones y es que el derecho penal de género lejos de ser un derecho proteccionista o tutelar que parte de la vulnerabilidad de la mujer, debe ser entendido como un derecho respetuoso con la dignidad y con el derecho a la igualdad.
- m) No se puede explicar satisfactoriamente desde la perspectiva del bien jurídico. Aquí se debe constatar que la pluralidad de criterios va en aumento a medida que se produce la diseminación sistemática de los tipos o la ampliación del derecho penal de género con la incorporación de nuevos delitos como las amenazas o coacciones por razones de género; y destacar que en ocasiones se incriminan conductas insignificantes desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el delito al que se adhiere la dimensión de género, todo ello permite así, sostener que se está dando una protección a un bien jurídico distinto al protegido en los distintos tipos.

7.2. Observaciones Lege Ferenda.

²⁴ ALONSO ÁLAMO, M. *Protección penal...*, p. 49.

Una vez habiendo visto de forma detenida, las críticas que existen sobre el derecho penal de género en el apartado anterior, observamos que este presenta graves deficiencias que principalmente giran en torno a la posible violación del principio de proporcionalidad, haciéndose así preciso una concreción legislativa más adecuada y respetuosa con los postulados político-criminales generalmente aceptados.

El hecho de recurrir al derecho penal debe hacerse con prudencia, evitando establecer penas desproporcionadas frente a injustos que son en sí insignificantes, además a priori no parece que una pena desproporcionada vaya a contribuir preventivamente a disminuir este tipo de criminalidad.

Además, el derecho penal de género no se explica satisfactoriamente, o al menos no se explica solo, invocando el mayor peligro a que se ve expuesta la mujer por razones históricas, ni en razones de naturaleza preventiva por la mayor exposición al riesgo, ni debe entenderse tampoco sólo como el refuerzo de la tutela penal similar al que el derecho penal otorga a otros colectivos vulnerables, singularmente menores, incapaces o ancianos.

Por lo que, el Derecho penal de género no debe ser una manifestación del derecho antidiscriminatorio, ni tampoco debería asentarse en la discriminación positiva sino que debe moverse de una forma positiva, en la línea de protección de bienes jurídicos y con respeto del principio de culpabilidad.

Pero la cuestión no es tanto si ese Derecho discrimina de una forma directa al varón y de una forma positiva a la mujer, o si e debe acudir al mismo como medio de hacer patente ante los ojos de la colectividad que se reacciona de forma enérgica frente a determinadas conductas. Desde el punto de vista de la autora de este artículo la profesora Mercedes Alonso, la cuestión se plantea correctamente ya no en el ámbito de mayor desvalor de acción o de la mayor culpabilidad, sino en el mayor desvalor de resultado. Un efectivo cambio en la sociedad ante el problema de la violencia de género conduce al reconocimiento de un nuevo bien jurídico merecedor de protección por el Derecho Penal, y por lo tanto, se trataría de resolver si está efectivamente presente un bien jurídico que merezca dicha protección penal, ya que el derecho penal de género debe ser examinado desde la perspectiva de la protección penal de la igualdad como bien jurídico individual. Por lo que la protección penal de la igualdad debe erigirse

en núcleo del Derecho penal de género, esa igualdad, atendiendo a nuestra Constitución española, la entendemos en primer lugar como un valor superior del ordenamiento jurídico; en segundo lugar es un principio cuya realización y efectividad corresponde promover a los poderes públicos; y, en tercer lugar, un derecho fundamental.

Por todo esto, podemos deducir que la protección penal de la igualdad no se sitúa en el ámbito del derecho antidiscriminatorio sino, a la vez, en el de la protección de la igualdad real, es decir, que a efectos penales hay que tener en cuenta el ART.14 CE: de un lado, la igualdad ante la ley compatible con una diferencia de trato razonable y de otro lado, el derecho fundamental a la igualdad frente a situaciones de desigualdad estructural.

A efectos penales, lo decisivo es la protección de la igualdad, ni la discriminación positiva ni, aún menos, la acción positiva pueden desempeñar función alguna e Derecho penal. Es por ello que no se puede compartir la afirmación de que *“se está introduciendo una medida de discriminación positiva en un ámbito en el que no hay desigualdad de partida, esto es, en la legislación penal”*, de lo que se trata así es de proteger la igualdad introduciendo una regulación razonablemente diferenciadora. Y tampoco se puede llegar a afirmar sin matizaciones que *“la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-penal”* y es que tal afirmación tendría sentido si se tratara de proteger un postulado, una aspiración, un derecho humano todavía no realizado. Y es que no se trata de proteger un principio o un derecho carente de contenido positivo propio y solo susceptible de configuración negativa, esto es, como el derecho a no ser tratado de forma desigual, se trata por el contrario, de proteger un efectivo bien jurídico que tiene reconocimiento en la Constitución que no sólo proclama el principio de igualdad sino que reconoce el derecho fundamental a la igualdad.

El reconocimiento de la igualdad como un bien jurídico necesitado de protección penal no solo encuentra apoyo en la Constitución, si no que también se puede fundamentar la necesidad de su protección si se parte o bien desde una concepción personalista o bien de una concepción funcionalista del bien jurídico entendida esta desde el individuo como posibilidad de participación en los sistemas sociales. Además, se reconoce que la igualdad como bien jurídico debe

ser protegida especialmente en relación con las personas que por razones históricas y culturales vienen siendo objeto de un trato desfavorable, solo estando así justificado acudir al Derecho penal para proteger la igualdad allí donde esté presente una conducta en sí misma atentatoria contra dicho bien jurídico, es decir, que con independencia de la mayor o menor vulnerabilidad, o capacidad de resistencia a las ofensas, de la víctima . Por lo que se acepta así, que la igualdad debe erigirse en bien jurídico penal, será cuestión de política legislativa decidir cual sea la técnica mas apropiada para su protección, que pueden darse dos:

- a) Por un lado, una configuración de tipos agravados en relación con los delitos tradicionales en atención al peligro para un bien jurídico adicional al protegido por el correspondiente tipo delictivo, es decir, acudir a la técnica de las circunstancias especiales o de elementos esenciales de tipos cualificados y de ser insuficientes las figuras delictivas tradicionales, se deberá acudir a una formación jurídica originaria.
- b) Y por otro lado, acudir a una circunstancia agravante general, igualmente fundada en el incremento del desvalor del resultado, por ese peligro adicional para un ulterior bien jurídico, la igualdad, que se sumaría al directamente menoscabo por el delito que venga en consideración. Y es que no se trataría ni de tomar en cuenta la relación de parentesco ni tampoco los motivos discriminatorios, presentes ya en la regulación actual, sino de tomar en cuenta el ataque a la igualdad.

8. Conclusiones.

En la actualidad, la violencia de género es un grave problema social que acaba con la vida de gran número de mujeres cada año, además de las muchas que sufran graves lesiones tanto físicas como psicológicas. Es un problema que ha adquirido gran importancia en los últimos años y al que se han destinado muchos esfuerzos, programas y políticas sociales, como las leyes aprobadas en el BOE, el Convenio de Estambul o el Pacto de Estado de 2017, del que ya hemos tratado en gran parte del trabajo. Y es que, aunque la LO 1/2004 define la violencia de género como aquella 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 estas por parte de quienes sean o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la violencia de género no solo la ejercen las parejas, exparejas o personas ligadas a las mujeres por vínculos afectivos, sino que va mucho más allá, superando el entorno cercano de una mujer, ya que la violencia de género puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar.

La violencia de género se configura así como un mecanismo social, justificado por la tradición, mediante el cual las mujeres quedan sometidas a los hombres.

Por lo que el delito de violencia de género se incluye en el Código Penal por la manifestación de la situación de desigualdad y el poder que ejercen los hombres sobre las mujeres que sean o hayan sido sus parejas. Este delito incluye la violencia física y psicológica, amenazas, coacciones, agresiones a la libertad sexual y la privación arbitraria de la libertad, que hemos visto desarrollados a lo largo del trabajo.

En este trabajo hemos visto también diversas críticas relativas al derecho penal de género, y como tiene gran importancia en este ámbito de derecho penal de género la proporcionalidad, convertido así en un bien jurídico protegido, en el que fundamenta la necesidad de su protección si se parte o bien desde una concepción personalista o bien desde una concepción funcionalista.

Y además, se reconoce que la igualdad como bien jurídico debe ser protegido especialmente en relación con las personas que por razones históricas y culturales vienen siendo objeto de un trato desfavorable, solo estando así justificado acudir al derecho penal para proteger la igualdad donde esté presente una conducta atentatoria contra ese bien jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. *Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género en La Manada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

ALASTUEY DOBÓN, *Desarrollo parlamentario de la Ley Integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas*, en BOLDOVA PASMAR/ RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal entorno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp.57 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M. *Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género*, en Cuadernos de Política Criminal 9, 2008, pp.19-54.

Consejo de Europa. *Convenio de Estambul*.

DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid 2009.

JIMENO BULNES, M. *Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales* en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.) *en Manual de tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009.

LARRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008* en Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009. g

LAURENZO COPELLO, *La discriminación en el Código penal de 1995*, en Estudios penales y criminológicos, vol.XIX, 1996, pp.235-236.

LAURENZO/ MAQUEDA/ RUBIO (coords.), *La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo en género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MAQUEDA ABREU, M.L. *Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia de género* en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.) *en Manual de tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MATA MARTÍN, R. *Algunas dificultades de la noción y de la ley de violencia de género*, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.) *en Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

Ministerio de Igualdad. España. *Pacto de Estado contra la violencia de Género de 2017*.

MONGE FERNÁNDEZ, A. *El pacto de Estado y las propuestas de reforma en el ámbito de la violencia sexual contra la mujer*, en SIEIRO VILLA S. (Dir.) *en Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.331-33.

MUÑOZ CONDE, F. *Manual de Derecho penal parte especial*, Madrid 2019, p.201-215.

OLAIZOLA NOGALES, I. *Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género*.

PARRILLA VERGARA, J. *Violencia sexual de género. Hacia un concepto de violencia sexual no consentido* en VILLA SIEIRO, S. *en violencia de género, justicia penal y pacto de estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp.458-463.

SIEIRO VILLA, S (Dir.) *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 331-333, 443-447.

VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.), *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal adaptado a la Ley 1/2015 de reforma de Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad*, Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, 2007.