

*Tendencias actuales del Derecho penal*  
*(Universidad de Valencia)*

**“LA RELACIÓN DE DOMINACIÓN COMO  
FUNDAMENTO DEL DELITO DE  
VIOLENCIA DE GÉNERO DEL  
ARTÍCULO 153.1 CP”**

**Autor: Enrique Marí Farinós**  
**Dir.: Dra. Ángela Matallín Evangelio**

**TESIS DOCTORAL**  
**Valencia, Octubre 2015**



A mis hijos, Quique y Pablo, y a mi mujer, Sandra, sin cuyo sacrificio no hubiera sido posible la realización de este trabajo, que son lo mejor que me ha pasado en la vida.

A mis padres y a mi hermano, Jesús, en agradecimiento de lo mucho que me han dado.

Al resto de mi familia, que hacen que me sienta muy afortunado.



**ÍNDICE GENERAL.**

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>9</b>
1. Introducción.....	9
2. Precisión terminológica.....	14
<b>CAPÍTULO II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>23</b>
A) Regulación anterior al CP de 1995.....	29
B) Regulación en el CP de 1995.....	38
B.1. La Ley orgánica 14/1999, de 9 de Junio, de modificación del Código Penal y de la LECRIM en materia de protección a las víctimas de malos tratos .....	49
B.2. La Ley orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.....	58
B.3. La Ley orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.....	64
B.4. La Ley orgánica 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional.....	68
B.5. La Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.....	72
B.6. La Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.....	78

B.7. La Ley orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.....90

**CAPÍTULO III.- DERECHO COMPARADO.....95**

A) La violencia de género en el ámbito internacional.....100

A.1. Consideraciones generales.....100

A.2. Tratamiento en el ámbito comunitario.....109

B) Respuesta normativa en Europa y América.....117

B.1. Francia.....122

B.2. Italia.....126

B.3. Portugal.....131

B.4. Inglaterra.....134

B.5. Alemania.....138

B.6. Austria.....144

B.7. EEUU.....147

B.8. Latinoamérica, con especial referencia a México.....153

**CAPÍTULO IV.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ARTÍCULO 153 CP.....167**

A) Consideraciones generales.....167

B) El concepto de bien jurídico como límite del ius puniendi.....	172
C) Toma de postura. Concepción procedimental del bien jurídico protegido.....	175
D) Análisis doctrinal y jurisprudencial de la cuestión.....	176
D.1. Posición doctrinal.....	177
D.1.1. Pronunciamientos doctrinales relativos al antiguo artículo 153 CP (hasta la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de Diciembre).....	180
D.1.2. Posiciones doctrinales relativas al vigente artículo 153 CP (desde la LO 1/2004).....	192
D.2. Posición jurisprudencial.....	200
D.2.1. Pronunciamientos jurisprudenciales relativos al antiguo art. 153 CP.....	200
D.2.2. Pronunciamientos judiciales relativos al vigente artículo 153 CP.....	204
E) Toma de postura.....	210
<b>CAPÍTULO V-. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 153.1 CP.....</b>	<b>217</b>
A) El principio de igualdad.....	218
A.1. Partidarios de considerar adecuada la regulación legal.....	221
A.2. Partidarios que entienden vulnerado el principio de igualdad.....	225
B) El principio de proporcionalidad.....	231

B.1. El artículo 153 CP en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29-9.....	232
B.2. El artículo 153 CP en su redacción actual.....	236
C) El principio de culpabilidad.....	237
C.1. Derecho penal del hecho versus Derecho penal de autor.....	238
C.2. Críticas de la regulación legal.....	239
D) La STC 59/2008, de 14 de Mayo.....	244
D.1. Argumentos de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto del art. 153.1CP.....	244
D.2. Argumentos del Tribunal Constitucional.....	248
D.3. Votos particulares.....	253
D.4. Conclusiones.....	259
E) Toma de postura.....	269
<b>CAPÍTULO VI.- PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM: DELITO PÚBLICO VERSUS DELITO PRIVADO.....</b>	<b>277</b>
1. Sobre la dispensa legal del artículo 416 LECRIM.....	291
A) Posición doctrinal.....	291
1.1. Fundamento de la dispensa.....	291
1.2. Exclusión de la víctima-testigo.....	295



1.3. Momento de vigencia del vínculo parental.....	299
1.4. Validez de las declaraciones incriminatorias previas en caso de utilización de la dispensa.....	304
1.5. ¿Ejercicio tácito de la dispensa?.....	315
<b>B) Posición jurisprudencial.....</b>	<b>316</b>
1.1. Extensión de la dispensa a las parejas de hecho.....	316
1.2. Sobre el fundamento de la dispensa legal.....	318
1.3. Exclusión del ámbito de aplicación de la dispensa legal relatada a las personas que además de testigos sean víctimas del delito.....	321
1.4. Sobre la posición de la víctima que ostente también la condición de imputada.....	323
1.5. Sobre cuando debe exigirse el vínculo parental previsto en el artículo 416 LECRIM para justificar la aplicación de esta dispensa legal.....	325
1.6. Sobre la validez de las declaraciones prestadas por el testigo en sede policial y en fase de instrucción, cuando el mismo se acoge a su derecho a no declarar en el acto del Juicio Oral vía artículo 707 LECRIM.....	328
<b>C) Toma de postura.....</b>	<b>333</b>
<b>CAPÍTULO VII.- LA POSICIÓN DE DOMINIO COMO FUNDAMENTO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL.....</b>	<b>349</b>
<b>A) Posiciones doctrinales.....</b>	<b>355</b>
A.1. Partidarios de no entender necesaria la intención de dominación.....	356

*Índice.*

A.2. Partidarios de exigir la intención de dominio.....	364
B) Posiciones jurisprudenciales.....	372
B.1. Posición jurisprudencial mayoritaria.....	373
B.2. Posición jurisprudencial minoritaria.....	376
C) Toma de postura.....	383
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>395</b>

**ÍNDICE DE ABREVIATURAS.**

<b>ATC</b>	Auto Tribunal Constitucional
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>CP</b>	Código Penal
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>JVM</b>	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
<b>LECRIM</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LO</b>	Ley orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley orgánica del Poder Judicial
<b>LOTJ</b>	Ley orgánica del Tribunal del Jurado
<b>SAP</b>	Sentencia Audiencia Provincial
<b>SSTC</b>	Sentencias Tribunal Constitucional
<b>SSTEDH</b>	Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>SSTS</b>	Sentencias Tribunal Supremo
<b>STC</b>	Sentencia Tribunal Constitucional
<b>STEDH</b>	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>STS</b>	Sentencia Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UE</b>	Unión Europea



## **CAPÍTULO I.**

### **CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

#### **1. INTRODUCCIÓN.**

Los malos tratos sufridos por las mujeres en el ámbito familiar constituyen un auténtico problema social cuya relevancia ha ido en aumento como consecuencia del elevado número de agresiones habidas sobre las mismas a manos de sus parejas o ex parejas masculinas. El legislador ha intentado superar esta realidad con distintas reformas legales e institucionales como la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en todos los partidos judiciales con competencias específicas en esta materia atendiendo al domicilio de la víctima (art. 15 bis LECRIM - art. 87 ter LOPJ)<sup>1</sup>, o la creación de secciones penales especializadas en dicha violencia dentro de las Audiencias Provinciales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> No se trata de un problema reciente sino de una realidad social que se arrastra desde antiguo, y en el que la mujer es la víctima en la mayoría de los casos conforme se refleja en la estadística judicial.

En este sentido, según datos publicados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)), ya en el año 2.003 se presentaron en España en los Juzgados de Instrucción un total de 76.267 denuncias de violencia doméstica, de las cuales se tramitaron 66.188, con una tasa de 1,6 denuncias tramitadas por cada 1.000 habitantes. Las mujeres representaron el 90,2% de las víctimas, ascendiendo el citado año el número de muertos por violencia doméstica a 103 personas (81 eran mujeres y 65 de ellas fallecieron a manos de sus parejas o exparejas). En el año 2.004 fueron 72 las mujeres muertas a manos de sus parejas o ex parejas y estas cifras tan elevadas siguen actualmente vigentes.

<sup>2</sup> Incluso con el establecimiento de un servicio de guardia de permanencia en los mencionados Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los partidos judiciales donde existan cuatro o más de dichos Juzgados.

Servicio de guardia instaurado por el Acuerdo de 17 de Julio de 2008 del Pleno del CGPJ por el que se modificó el Reglamento 1/2005, de 15 de Septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados mencionados, que entró en vigor el 1 de Noviembre de 2008.

## *Consideraciones preliminares.*

Por tanto, resulta evidente que la violencia de género no es un problema que afecte exclusivamente al ámbito privado, sino que es el símbolo general de la desigualdad existente en nuestra sociedad, siendo necesario adoptar las medidas oportunas para erradicarla, lo cual no es óbice para ser crítico con la regulación actual y con la creación de juzgados especializados en todos los partidos judiciales, cuya denominación, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, resulta por si sola sintomática de su carácter discriminatorio. Ello es así porque no se denominan Juzgados de Violencia sobre la pareja o ex pareja sino sobre la mujer, delimitando claramente la persona a la que va dirigida la protección penal<sup>3</sup>. Tampoco hay que olvidar que la realidad no escapa a los fraudes y suele ser relativamente frecuente la utilización de la vía penal en esta materia para conseguir finalidades ajenas a la misma como serían forzar acuerdos de divorcio, acuerdos económicos, guardas y custodias de los hijos menores de la pareja, regímenes de visitas, atribución del uso de la vivienda familiar, etc. Finalmente hay que poner de relieve que en la práctica existe una cierta tendencia a detenciones policiales inmediatas de los presuntos implicados con independencia de la escasa gravedad de los hechos cometidos con una finalidad última de prevención, lo que únicamente resulta loable si se mantienen unos mínimos parámetros de legalidad a los efectos de evitar detenciones indebidas.

El fenómeno de la violencia de género o, en su caso, doméstica en los términos expresados es un tema complejo. Ello se constata por la dificultad que existe para conseguir su erradicación y por el hecho de que surge como consecuencia de diversos factores como son la propia naturaleza de las relaciones familiares -con posibles notas de subordinación, dependencia y dominio de unos miembros sobre otros-, el trasfondo educacional, cultural y religioso existente en la sociedad de gran importancia para determinar pautas de comportamiento, con anclados patrones socioculturales machistas,

---

<sup>3</sup> El propio Anteproyecto de ley que se materializó en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, llevaba por rúbrica “Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer”.

una organización patriarcal de la sociedad y distintos roles de género<sup>4</sup>, y una serie de circunstancias diversas como serían, entre otras, la falta de preparación profesional o de recursos, la preocupación por los hijos, la dependencia emocional<sup>5</sup>, la pérdida de autoestima, el miedo a la soledad, etc. En cualquier caso, podemos afirmar que el fenómeno de la violencia de género aparece en todas las clases sociales no sólo en las más desfavorecidas, en diversos ámbitos y con distintos matices, y responde en último término a un patrón de dominación del hombre sobre la mujer, y todo ello a pesar de la existencia de una igualdad formal reconocida legalmente entre ambos sexos (art. 14 CE)<sup>6</sup>.

Ante la amplitud del fenómeno de la violencia machista el presente trabajo, con la intención última de ser lo más conciso posible en los distintos aspectos planteados, tiene por finalidad analizar si resulta necesaria la existencia de una situación de dominación del sujeto activo sobre el sujeto pasivo del delito para la aplicación del tipo penal del artículo 153.1 CP o, si por el contrario, el mismo resulta de aplicación automática sin necesidad de tal contexto de prevalimiento, y a tal fin el trabajo se inicia con un análisis histórico de este precepto (Capítulo II) que pretende ofrecer una visión evolutiva del mismo, examinando desde la regulación anterior al Código Penal de 1995 hasta el actual de 1995 con la última reforma producida en marzo del 2015.

De este análisis histórico se constata que las modificaciones que ha experimentado el Código Penal en esta materia se refieren a la violencia acaecida sobre la mujer en el ámbito doméstico, en el que el sujeto activo del delito es su pareja o ex

---

<sup>4</sup> PIERRE BOURDIEU afirma que “lo que en la historia aparece como eterno, sólo es producto de un trabajo de eternización que incumbe a instituciones como la familia, el Estado, la Iglesia y la escuela” (*La dominación masculina*, Edicions 62, Barcelona, 2000, p. 8), y que duda cabe que en los textos religiosos se proclama la sumisión de la mujer y se reafirma la autoridad masculina.

<sup>5</sup> Dependencia emocional que en casos extremos excusa la violencia ejercida por el varón sobre la mujer con argumentos variopintos del tenor literal “me lo merecía, o de todas formas lo quiero”.

<sup>6</sup> La evidencia última de que actualmente no existe la igualdad real de ambos sexos fue la necesidad de la promulgación de la LO 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

## *Consideraciones preliminares.*

pareja masculina, dejando de lado otros ámbitos de violencia existentes fuera de la familia, así como otros actos de violencia que sufre la mujer dentro de ese ámbito familiar/doméstico en los que, por ejemplo, el autor es el hijo o el padre. La violencia en el hogar es una manifestación del fenómeno de la violencia de género, si bien su ámbito de actuación es más reducido, siendo fruto, en principio y sin perjuicio de lo que resulte del análisis del caso concreto, de la discriminación, la situación de desigualdad y la relación de poder del hombre sobre la mujer, por lo que podemos afirmar que no toda violencia que se produce dentro de la familia es violencia de género, ni todos los actos de violencia de género se producen necesariamente dentro del ámbito familiar.

El análisis histórico se complementa con el estudio de la violencia de género en el Derecho Comparado (Capítulo III), en el ámbito internacional y en el comunitario, con especial referencia a la regulación existente en los países más próximos de nuestro entorno en Europa y América. En concreto, se analizan las distintas regulaciones en esta materia de Francia, Italia, Portugal, Inglaterra, Alemania, Austria, EEUU, y Latinoamérica, con especial atención a México. El objetivo perseguido a este nivel no ha sido otro que facilitar el entendimiento de la materia en otros ordenamientos y conocer la respuesta de los mismos ante este tipo de violencia.

A continuación se ha afrontado la problemática del bien jurídico protegido en el artículo 153 CP (Capítulo IV), por lo que tras realizar una serie de consideraciones generales sobre el mismo, sobre su importancia como límite del *ius puniendi* y sobre la concepción procedimental del mismo, se han analizado las numerosas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto, distinguiendo al efecto entre los pronunciamientos relativos al antiguo artículo 153 CP (hasta la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de Diciembre) y los relativos al vigente artículo 153 CP (desde la LO 1/2004), para terminar tomando postura a favor de su configuración como un bien jurídico plural.

El siguiente paso ha sido el análisis de los problemas constitucionales del artículo 153.1 CP (Capítulo V), donde se ha tratado de poner de relieve las dudas suscitadas respecto del principio de igualdad, del principio de proporcionalidad y del



### *Consideraciones preliminares.*

principio de culpabilidad, examinando las distintas posiciones sostenidas en relación a si estos principios han sido o no vulnerados con la regulación vigente, y, especialmente, la doctrina derivada de la STC 59/2008, de 14 de Mayo, las dudas de constitucionalidad suscitadas, los argumentos del TC para contrarrestarlas y los votos particulares de la misma, para terminar formulando una serie de conclusiones al respecto y tomar postura afirmando la adecuación constitucional de la citada regulación.

También por su indudable trascendencia práctica se ha analizado la problemática derivada de la aplicación del artículo 416 LECRIM (Capítulo VI), desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial respecto de la pretendida retirada de denuncias por las víctimas, el fundamento del derecho a no declarar contra su agresor por parte de la mujer-víctima, la importancia de sus declaraciones en las distintas fases del procedimiento (ante la policía, ante el juez de instrucción, y ante el juez sentenciador) y las consecuencias procesales de la dispensa legal de no declarar de la mujer, que convierte de facto un delito público en un delito privado, con los problemas que ello suscita.

A continuación, hemos analizado la necesidad de exigir la posición de dominio como fundamento material de aplicación del artículo 153.1 CP (Capítulo VII), examinando las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto, distinguiendo entre los que entienden o no necesaria la intención de dominación por parte del varón sobre la mujer-víctima para la aplicación del tipo, para terminar sosteniendo la exigencia de un plus de antijuridicidad como la opción que justifica la existencia de un tipo penal agravado en relación a conductas formalmente idénticas a las previstas en los artículos 153.2 y 147 CP, en atención al bien jurídico protegido plural del artículo 153.1 CP y a su mayor entidad de injusto.

Finalmente, se incluye la bibliografía utilizada en la elaboración del presente trabajo. Tanto ésta como otros materiales proceden de diversas bibliotecas y centros de documentación, a cuyos responsables debo agradecer la colaboración prestada. En especial, debo agradecer públicamente la numerosa documentación facilitada por la red de bibliotecas judiciales de Cataluña, y, en particular, por la biblioteca judicial de

Barcelona Comarcas sita en los Juzgados de Sabadell (Barcelona) y por el fondo documental CENDOJ del CGPJ.

## **2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.**

Suele utilizarse la expresión “violencia machista” para hacer referencia al fenómeno de la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer<sup>7</sup>, y de forma indistinta los términos “violencia de género” y “violencia doméstica”<sup>8</sup>, pero resulta evidente que la violencia doméstica es una manifestación o clase de la violencia de género, en cuanto violencia circunscrita al ámbito familiar o doméstico, por lo que el término violencia de género sería más amplio<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> El Anteproyecto de ley que se materializó en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, se denominaba “Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer”. Y en el debate parlamentario del posterior Proyecto de ley se constató que las expresiones “violencia de género”, “contra la mujer” o “sobre la mujer” se utilizaban como sinónimas (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, nº 91, Comisión Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión plenaria nº 13, celebrada el 30 de Septiembre de 2004).

<sup>8</sup> La Real Academia de la Lengua Española desaconsejó la utilización de la expresión “violencia de género” en su informe de fecha 19 de Mayo de 2004 emitido con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004, de 28-12, y recomendó el uso de la denominación “violencia doméstica o por razón de sexo” ya que la palabra género significa “conjunto de seres establecido en función de características comunes”, y también “clase o tipo”.

<sup>9</sup> Sobre lo que debe entenderse por cada uno de estos conceptos, vid., MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional. Premio “Rafael Martínez Emperador” 2003*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2004, pp. 23 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Visión general sobre la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 79 y ss.; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución”, *Tutela procesal...*, cit., pp. 39 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, *Tutela procesal...*, cit., pp. 423 y ss.; FUENTES SORIANO, O.: “Acciones positivas, tutela penal y tutela judicial en la ley integral”, *Tutela*

Junto a las referidas expresiones también es frecuente la utilización de otras formulas como “violencia familiar”, “violencia intrafamiliar”, “violencia sexista”, “violencia de pareja”, cuyo significado es distinto<sup>10</sup>.

Se afirma que “la violencia de género es, fundamentalmente, el resultado del sexismo y de la incapacidad de muchos hombres para adaptarse a las nuevas normas de convivencia que impone una sociedad cada vez más igualitaria, que la violencia de género<sup>11</sup> es, precisamente, eso, de género, y que de ahí proviene el problema y, por

---

*procesal...*, cit., pp. 163 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8-02, 2006, pp. 02:1 y ss.; AÑÓN ROIG, M.J. y MESTRE MESTRE, R.: “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, pp. 35 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 29 y ss.; MERINO SANCHO, V.: “Mujer, inmigración y violencia(s). La violencia de género sobre mujeres extranjeras en situación administrativa irregular en el ordenamiento jurídico español”, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, *Colección Estudis*, Valencia, 2012, pp. 13 y ss.; AÑÓN ROIG, M.J. y MERINO SANCHO, V.M.: “Concepto de Violencia de Género tras seis años de la Ley Orgánica 1/2004”, *La prevención y erradicación de la violencia de género: Un estudio multidisciplinar y forense*, Coord. MARTÍNEZ GARCÍA/VEGAS AGUILAR, Aranzadi, Pamplona, 2012; SIBONY, R., SERRANO, M.A., y REINA, O.: *Proceso penal práctico en la Ley integral contra la violencia de género: estatuto integral de la víctima de violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2010.

<sup>10</sup> A tal efecto, vid., GIL AMBRONA, A.: “La violencia contra las mujeres en la historia: algunas reflexiones metodológicas”, *Historia, antropología y fuentes orales*, nº 39, 2008, pp. 137 y ss.

<sup>11</sup> La expresión violencia de género es un barbarismo pero es también una construcción o instrumento intelectual de análisis de la realidad, de manera que a diferencia del vocablo sexo -que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer- el término género sirve para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar-patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005, p. 145).

tanto, es ese el ámbito al que hay que dirigirse para poder entenderlo en toda su dimensión e iniciar la tarea de acabar con el mismo”<sup>12</sup>.

El artículo 1.3 de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>13</sup> señala que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”<sup>14</sup> ejercida como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, 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 (art. 1.1 y 3 LO 1/2004). Y el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de Mayo de 2011<sup>15</sup> afirma literalmente que:

---

<sup>12</sup> GARCÍA DOMINGUEZ, A.: “Bases psico-sociales del sexismo y la violencia de género: Una perspectiva histórica y de género desde un punto de vista masculino“, *Revista de trabajo y acción social*, nº 31, 2004, pp. 25 y ss.

<sup>13</sup> Se afirma que es a partir de esta Ley cuando por primera vez se distingue en el ámbito penal la violencia de género de la violencia doméstica, al entender que son violencias que responden a causas y problemas distintos, y que definió para nuestro ordenamiento el concepto de violencia de género (COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “La violencia doméstica y de género...”, cit., p. 48; DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “El concepto de “violencia de género” de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012).

Sobre el concepto de violencia de género y su introducción en el Código Penal vid., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo: ¿Quién decide?. (A propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el art. 148.4 CP)”, *La Ley*, nº 13573, 2010.

<sup>14</sup> Sobre la importancia de dicho artículo 1 vid., ACALE SÁNCHEZ, M.: “El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 36.

<sup>15</sup> Hecho en Estambul, ratificado por España el 18 de Marzo de 2014, y entró en vigor el 1 de Agosto de 2014.

## *Consideraciones preliminares.*

Por “violencia contra la mujer” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o 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.

Y por “violencia contra la mujer por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Anteriormente el artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 20-12-1993 (Resolución de la Asamblea General 48/104) ya definía la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”<sup>16</sup>. Y aunque este tipo de violencia

---

<sup>16</sup> El artículo 2 de la citada Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer señalaba que “se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

puede sufrirla la mujer en ámbitos diversos, como en el trabajo, la escuela, etc., suele ser relativamente frecuente que dicha violencia se manifieste en el ámbito doméstico o familiar, pudiendo ser definida la violencia en la familia como toda acción cometida en su seno por uno de sus miembros, que menoscaba la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la familia y que causa daño a su personalidad.

Las modificaciones que ha experimentado el Código Penal español en esta materia, que serán objeto de exposición en el capítulo siguiente, se refieren realmente a la violencia acaecida sobre la mujer en el ámbito doméstico, en el que el sujeto activo del delito es su pareja o ex pareja masculina<sup>17</sup>.

Se ha afirmado que la violencia de género la sufre la mujer porque la propia estructura social la discrimina como consecuencia de la dominación ejercida por el varón desde antaño, y que la violencia doméstica supone, igual que la violencia de género, violencia física, sexual o psicológica, pero únicamente dentro del ámbito familiar y que tiene por objeto a la mujer por causa “de la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de los roles sociales”<sup>18</sup>.

---

b) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra”.

<sup>17</sup> En este sentido se afirma que la violencia que el legislador quiere prevenir es la de género de forma que no se contempla toda violencia contra todas las mujeres sino sólo una clase de violencia, la que ejercen algunos varones contra determinadas mujeres que se encuentran en una situación de debilidad en sus relaciones familiares (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal ...”, cit., p. 148).

<sup>18</sup> LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley integral. Valoración Político Criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08, 2005, p. 4.

## *Consideraciones preliminares.*

La violencia de género y violencia doméstica responden a conceptos diferentes, aunque íntimamente relacionados<sup>19</sup>, y “la violencia que sufren las mujeres en el ámbito doméstico no es sino un aspecto, un reflejo o una posible manifestación de la violencia de género. La violencia de género hace pues referencia a un concepto más amplio que el de la violencia doméstica. La violencia de género trae causa de la inferior posición a la que históricamente se ha colocado a la mujer por el mero hecho de serlo (...) de las múltiples manifestaciones de la violencia de género la más frecuente y quizás la más grave, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo (...) es, sin duda, la violencia doméstica”<sup>20</sup>.

La LO 1/2004, de 28 de Diciembre, supone una regulación integral de la violencia contra la mujer en un determinado ámbito, como es el de la relación familiar, doméstica, de convivencia (actual o no) y/o de dependencia, y a pesar de denominarse de manera genérica, “violencia de género”, la Ley se circunscribe al ámbito de la violencia doméstica o familiar<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6362, 2005, pp. 1 y 3.

En parecidos términos se pronuncian GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, *La Violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Directores RODRÍGUEZ CALVO/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Coord. GUINARTE CABADA/MUÑOZ BARÚS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 185 y ss.

<sup>20</sup> FUENTES SORIANO, O.: Ob. cit.

<sup>21</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010, p. 102.

En la misma línea se pronuncian RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 46; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8-02, 2006, p. 11; y VILLACAMPA ESTIRTE, quién recuerda que “el concepto de violencia en que la ley piensa (...) se halla excesivamente circunscrito a las relaciones familiares o de pareja y se aleja de las concepciones más extensas contempladas en instrumentos internacionales” (VILLACAMPA ESTIARTE,

## *Consideraciones preliminares.*

Como pone de relieve ROIG TORRES la violencia de género regulada en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, no coincide con las definiciones recogidas en las normas internacionales -donde la violencia contra la mujer se aborda desde un prisma más amplio-, siendo la expresión violencia de género “la traducción del inglés gender-based violence o gender violence”<sup>22</sup>, difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995. Con ella se identifica la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal”<sup>23</sup>.

Ha existido cierta tendencia a enmascarar la violencia de género tras la violencia familiar<sup>24</sup> e incluso se ha denunciado la confusión entre ambos conceptos en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre<sup>25</sup>. Así se ha afirmado que esta violencia se ha llamado mal

---

C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-12, 2007, p. 18).

En este sentido se afirma que desde el punto de vista penal, los principales instrumentos para hacer frente a la violencia contra las mujeres siguen ligados al modelo de “violencia doméstica” que consagran los artículos 153 y 173 CP (LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., p. 6).

<sup>22</sup> Señala esta autora que en el mundo anglosajón la voz “gender” pasó a utilizarse como sinónima de “sex”, y más tarde como equivalente a “sexo de un ser humano”, no en sentido biológico sino desde la perspectiva de las diferencias sociales y culturales existentes entre hombres y mujeres (ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”: un concepto espinoso”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012, p. 252).

<sup>23</sup> ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, Ob. cit., p. 251.

<sup>24</sup> FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006, pp. 72 y ss.

<sup>25</sup> Sobre dicha denuncia vid., MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*, Grupo Difusión, Madrid, 2007, pp. 113 y ss.



entre nosotros como “violencia de género” siendo preferible denominarla “violencia doméstica”<sup>26</sup>, y que la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha limitado el concepto de violencia de género a la violencia doméstica<sup>27</sup>.

La violencia de género debe ser distinguida de la violencia de doméstica ya que se trata de dos conceptos distintos, siendo el motivo de dicha confusión el que la razón última de la violencia de género se situaba en las relaciones de subordinación derivadas de la convivencia en el ámbito doméstico y en la especial vulnerabilidad derivada de las relaciones familiares -en las que se produce una situación de subordinación y dependencia que posibilita una posición de dominio del varón sobre la mujer-<sup>28</sup>. Por lo que la violencia de género se trata de un tipo específico de violencia vinculado con el sexo de la víctima -mujer- que se explica en el reparto no equitativo de roles sociales y en pautas culturales asentadas que favorecen dichas relaciones de dominio<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> PULIDO QUECEDO, M.: “Sobre la violencia doméstica. (Nota en torno a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, Pamplona, 2008, p. 1.

<sup>27</sup> LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y Violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 98 y ss.

<sup>28</sup> LAURENZO COPELLO, P: “La violencia de género en la Ley integral...”, cit., p. 3.

<sup>29</sup> MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal: La influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, *Estudios sobre la Tutela penal de la Violencia de Género*, Directora NÚÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2009, pp. 121 y 122.

En esta línea BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN señalan que el concepto de violencia de género contenido en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, se caracteriza por suponer un acto de violencia castigado en el Código Penal, ejercido por el hombre sobre la mujer en un determinado ámbito (relación conyugal o de análoga afectividad aún sin convivencia, presente o pasada) -de ahí la confusión con el término violencia doméstica-, y por ser tal violencia manifestación de la discriminación, las relaciones de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 17 y ss.).

### *Consideraciones preliminares.*

En conclusión, atendido el objeto del presente trabajo que versa sobre el artículo 153.1 CP, utilizaré la expresión “violencia doméstica” para referirme a la violencia que sufre la mujer en un ámbito específico de su vida ordinaria, el doméstico o familiar, como violencia derivada de la existencia de una relación de pareja presente o pasada con un varón y causada por este último con la intención de dominarla o someterla por su propia condición de mujer. Y en un sentido más amplio, por “violencia de género” me referiré a la violencia que sufre la mujer en consideración a su sexo por un varón con independencia del ámbito en el que se produce, y de igual forma utilizaré la expresión “violencia machista” para referirme a la violencia que sufre la mujer por parte de un hombre en consideración a su sexo.

## **CAPÍTULO II.**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

El tratamiento de la violencia sobre las mujeres ha evolucionado en los diversos países hasta llegar al momento actual, llegando a su consideración como una situación intolerable que debe ser erradicada.

En los países occidentales se pueden constatar distintas fases (en que la situación de las mujeres ha evolucionado notoriamente) desde una inicial posición en la que la mujer no tenía ningún tipo de protección jurídica<sup>30</sup>, hasta la actualidad.

Es evidente que el problema de la violencia sobre la mujer está enraizado con la propia estructura de la sociedad, existiendo distintos factores socio-culturales que posibilitan el fenómeno del maltrato a la mujer. Su origen se remonta a los primeros momentos de la sociedad patriarcal, constatándose desde tiempos remotos, que la mujer era considerada de forma diferente al hombre.

Ya en el Paleolítico medio (entre los 100.000 y los 35.000 años antes de Cristo) existen vestigios de la diferenciación jurídico-social entre el hombre y la mujer, que se manifestaban fundamentalmente en los enterramientos, en los que, dependiendo del sexo, se depositaban determinados ajuares en las tumbas. En el Paleolítico superior (entre los 35.000 y los 10.000 años antes de Cristo), los enterramientos y el arte revelan un crecimiento del papel de la mujer, aunque dan testimonio de un predominio masculino nítido, con una similar correlación jurídico-social. Y en el Neolítico existe una clara división de funciones y trabajo entre mujeres y hombres.

En los pueblos pre-romanos (hasta el año 218 a. de C.) la familia debió ser monogámica y patriarcal. Desde el año 218 a. de C. hasta el año 476 después de C. la influencia del imperio romano matizó el papel del hombre y la mujer y las funciones de

---

<sup>30</sup> Antes de la Revolución Francesa, la mujer era considerada de facto, como un patrimonio de su padre o de su marido.

cada uno de ellos en la sociedad, conforme la idea de “fragilitis sexus” como justificadora de la sumisión de las esposas para su protección, siendo la figura de las arras un residuo inconsciente de la compra del cuerpo femenino.

Constantino el Grande, primer emperador cristiano, ordenó ejecutar a su esposa por infidelidad, lo cual supuso el punto de partida de atrocidades para la mujer en Europa como consecuencia de la influencia del Derecho Romano. La Lex Julia romana implicó el primer paso para sustituir los procesos públicos judiciales en el castigo a la adúltera por la venganza privada, permitiendo al marido matar al amante, y al padre de la mujer a ambos si los hallaba juntos. El Código Justiniano hizo más difícil para el marido engañado matar a su mujer con impunidad legal, pues según la Novelae 117 del año 542, debía dar tres avisos escritos a la adúltera, cada uno atestiguado por tres testigos fiables. En la misma línea, el Código de Justicia de Federico II señalaba que el marido sólo podía matar a los amantes si les había advertido previamente.

En la época del año 476 al año 654 predominan las orientaciones germánicas y aunque existe cierta equiparación jurídica entre hombres y mujeres, el hombre sigue ostentando una clara posición predominante, a quién corresponde tomar decisiones dentro de la familia o para disolver el matrimonio, existiendo diferencias en temas hereditarios, al atribuirse a las mujeres, los bienes muebles y el mero usufructo de los inmuebles, y el adulterio eximía de penalidad al cónyuge, padre o hermano de la adúltera, en caso de homicidio de los adúlteros. Los Códigos jurídicos de los reinos germánicos reconocían al marido la capacidad de matar a ambos amantes con impunidad si los sorprendía juntos. Los visigodos atribuyeron este mismo derecho al marido, al padre y los hermanos de la mujer adúltera, y la mayor parte de los Fueros castellanos alto-medievales, inspirados en el Fuero Juzgo, sostuvieron igualmente el derecho del marido a matar a ambos con total impunidad.

Esta posibilidad de los primeros siglos medievales fue matizándose a partir del año 1600 al no reconocer este derecho al marido salvo en determinadas circunstancias, criterio seguido por los canonistas del Siglo XVII.

## *Evolución histórica.*

En la Alta Edad Media subsistieron las diferencias entre hombres y mujeres a nivel legal con diferencias en la capacidad de obrar. Se llegó a afirmar que, en esta época, la enseñanza deliberada de la violencia doméstica combinada con la doctrina de que las mujeres por naturaleza no podían tener derechos humanos llegó a tomar tal auge, que los hombres llegaron a tratar a las mujeres peor que a sus bestias, y que los caballeros de la Edad Media eran tan asiduos a pegar a sus siervos como a sus esposas y al resto de mujeres de sus baronías.

En el Siglo XIII, Santo Tomás de Aquino afirmó que “la mujer es esclava por las leyes de las circunstancias, y que está sujeta al hombre por su debilidad física y mental”.

En los Siglos X-XIII, la violencia hacia las mujeres que obraban de modos que parecían incorrectos a los hombres fue muy común, recayendo la carga de la prueba de dicha agresión, en la mujer que había sido atacada.

En el Siglo XV, la situación de la mujer seguía siendo totalmente desfavorable, al ser considerada como destinada para el matrimonio, y con una serie de funciones dentro del matrimonio reflejo de la posición de subordinación respecto del esposo, como serían, tener y criar hijos, y la de la “comodidad del marido”, a quién debía sumisión.

Los Siglos XVI-XVIII no implicaron una efectiva modificación de la situación de la mujer. Los Fueros de Castilla, Sepúlveda y Cuenca describen el plazo de tiempo, el comportamiento y la prueba que debía observar una mujer para ser creída en su denuncia de agresión. En este periodo surgieron los movimientos que permitieron a la mujer recibir una formación académica, dado que después del Concilio de Trento (años 1545-1563) las hijas de los artesanos y mercaderes acudieron a las escuelas parroquiales<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J.A.: *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Comares, Granada, 1998, pp. 11 y ss.

La Revolución Francesa implicó el reconocimiento de derechos básicos a las mujeres, aunque no supuso el establecimiento de medidas de garantía efectivas de tales derechos, salvo en materias concretas como el derecho de sufragio. En esta época, algunos de sus más notables pensadores -como Kant- llegaron a considerar a la mujer inferior al hombre, sin capacidad natural para ser autosuficientes y para poder desarrollar alguna función en el Estado.

Rousseau entendió que la mujer estaba hecha para someterse al hombre, para obedecerle, señalando como rasgos característicos de la misma, la docilidad y la sumisión al varón, llegando a afirmar que debía aprender a sufrir injusticias y a aguantar tiranías de un esposo cruel sin protestar. Según Hegel, la mujer tenía vetado el acceso a actividades como la ciencia, la economía o el Estado, y su ámbito de actuación debía quedar reducido a la familia<sup>32</sup>.

La mujer siguió siendo considerada, también en el Siglo XIX, como un ser inferior, tratándola como si fuera menor de edad, necesitada de la tutela de su padre, hermano o marido. En el Derecho penal se llegó a dudar de la capacidad de la mujer en ocasiones, aunque, en general, no se la consideró incapaz de cometer delitos y responder de ellos<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> A partir de la Revolución Francesa el feminismo supuso la reclamación para la mujer de todos los derechos civiles y políticos, afirmando que posee una personalidad independiente con sus derechos y deberes. En 1789, Felicite De Kerario presentó un Cuaderno de reivindicaciones femeninas, iniciativa que siguió Olympe De Gouges en 1791, con una Declaración de los derechos de las mujeres. En 1792, Mary Woolstonecraft escribió el libro "Reivindicaciones de los derechos de la mujer". Ideas que se mantuvieron en la segunda mitad del Siglo XIX por John Stuart Mill, quién en 1869, en su libro "el estado de sujeción de las mujeres", pedía para las mujeres, igualdad jurídica y política, igualdad de retribución, y libre acceso a todas las enseñanzas. Incluso Marx llegó a afirmar que el progreso social se puede medir con precisión por la posición que la mujer ocupa en una determinada sociedad.

<sup>33</sup> En Inglaterra hasta el año 1870, el responsable de sus delitos era el marido. En Francia, las mujeres se ven exentas de represión corporal y no se las encarcela para la ejecución de las Sentencias contra las mismas.

En esta época se llega a afirmar que la autoridad del marido tiene el fin de administrar la sociedad conyugal y dirigir a la mujer y a los hijos dentro de una distribución de roles tradicional, conforme a la idea de fragilidad del sexo femenino.

El artículo 213 del primer Código Civil francés llega a recoger que “el marido debe protección a su mujer y la mujer debe obediencia a su marido”, señalando uno de sus autores, que estos términos han sido tomados de San Pablo, y que esta autoridad es tan válida como cualquier otra.

Se parte de la idea de que la esposa debe sumisión al hombre, que se convierte en el árbitro de su destino, conforme sostiene Bonaparte, y que la autoridad que la naturaleza y la ley otorgan al marido tiene como finalidad dirigir la conducta de la mujer. Incluso en el año 1840 se llega a citar a Bacon para autorizar a un marido a golpear a su esposa sin crueldad.

Existen diferencias entre ambos sexos en la desigualdad de las penas impuestas, en la existencia de derechos reconocidos únicamente al marido, y en materia de prueba de los hechos denunciados.

Así en Francia, hasta el año 1884, el adulterio de la mujer era un acto instantáneo que se podía probar por todos los medios, en cambio esa misma conducta por parte del marido sólo era punible si la concubina era mantenida en el domicilio conyugal.

En Inglaterra, hasta el año 1870, según la Common Law, la mujer pierde su individualidad al casarse absorbida por la del marido. Llegando a afirmar Blackstone que el marido y la mujer son uno, y ese uno es el marido.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los distintos Códigos Penales reaccionaron frente a las agresiones de forma uniforme, con independencia del sexo de su autor o víctima, aunque no existen en este periodo inicial normas de protección especializadas en materia de violencia sobre las mujeres, siendo reciente el fenómeno de protección integral mediante medidas coordinadas preventivas, asistenciales y sancionadoras. De especial importancia para la superación de la concepción machista fueron los movimientos feministas surgidos a partir de la segunda mitad del Siglo XX. Y ello sin olvidar, la actual existencia de situaciones contrarias a la necesaria vigencia del

principio de igualdad de géneros en todos los ámbitos en los países desarrollados, y el amplio camino aún por desarrollar en los países del llamado tercer mundo.

La mujer en la legislación preconstitucional española ostentaba una posición legalizada de inferioridad respecto del varón, asimilada a la figura del menor de edad, necesitada de tutela y supeditada al hombre. Su misión principal era ser madre de familia y cuidar de la misma, posición actualmente superada con el devenir de los tiempos, si bien hasta llegar a la concreta regulación actual del artículo 153.1 CP, objeto de análisis en la presente tesis, ha sido necesaria una larga evolución histórica que se expondrá a continuación, a cuyo fin se distingue entre la regulación anterior al Código Penal de 1995 y la posterior a dicho Código.

Como señala el informe del Defensor del Pueblo de 1998 sobre “La violencia doméstica contra las mujeres”, y pone de relieve ARIAS EIBE, la atención que desde un enfoque histórico se ha prestado a este fenómeno de la violencia familiar, ya desde una perspectiva social o jurídica es escaso, lo que se explica por el papel que tradicionalmente ha desempeñado la mujer<sup>34</sup>.

En la Edad Media no se discutía si la violencia era o no aceptable, sino el grado de violencia que se permitía sobre la mujer. Y según el informe referido, la primera referencia del Derecho español a este asunto se encuentra en el Código de las Partidas, compiladas por Alfonso X el Sabio de Castilla a mitad del Siglo XIII, aunque en ese momento se analizaban más cuestiones médico-legales que jurídicas, y posteriormente, es en el Siglo XVII, cuando los Tribunales empezaron a considerar como indeseable la extrema brutalidad y la violencia contra la mujer, aunque se admitía el derecho del esposo a corregir a su cónyuge.

No en vano desde tiempos remotos se ha puesto de relieve la “inestabilidad” del Derecho penal<sup>35</sup> para hacer referencia a la continua mutabilidad del mismo como

---

<sup>34</sup> ARIAS EIBE, M.J.: “La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal”, *La Ley-Actualidad*, XXXII, 2001.

<sup>35</sup> PACHECO, J.F.: *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, 1887.



requisito necesario para adaptarse a la cambiante realidad social, coincidiendo con el cambio producido en cuanto a la consideración social del grave problema de la violencia de género<sup>36</sup>. Se ha llegado a afirmar que la historia de la violencia doméstica y de género comienza con la búsqueda de ese interés diferenciado (bien jurídico) que se lesiona cuando sobre determinadas personas o en determinados contextos se realiza una conducta que ya está castigada como delito, de lo que se desprende que en la evolución de la legislación penal española no siempre se ha tenido claro ese interés distinto al protegido por las infracciones ya existentes, en la sucesiva ampliación del castigo de estas conductas, producida por las distintas reformas legales<sup>37</sup>.

### **A) Regulación anterior al Código Penal de 1995.**

Resulta evidente que el Derecho penal español ha sufrido una notable evolución como resultado del cambio de actitud de la sociedad ante la situación de la mujer<sup>38</sup>. Los

---

<sup>36</sup> La violencia doméstica y de género no es un problema de nueva generación, pues la violencia ha sido utilizada a lo largo del tiempo como un instrumento de poder y dominio del fuerte sobre el débil, pero actualmente ha dejado de verse como un problema privado como antaño, a resolver en el seno de la propia familia, para ser considerado un problema que afecta a toda la sociedad.

En esta línea, la STS de 24 de Junio de 2000 señala que el delito objeto de análisis debía ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva, la respuesta penal en cuanto represiva era necesaria, pero debía ser complementada con políticas de prevención, de ayuda a la víctimas, y de medidas de resocialización.

<sup>37</sup> BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia de doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09, 2007, p. 02:5.

<sup>38</sup> Sobre la evolución desde el punto de vista histórico del fenómeno de la violencia machista, vid., GONZÁLEZ MINGUEZ, C.: “Sobre historia de las mujeres y violencia de género”, *Clío & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, nº 5, 2008, pp. 13 y ss.; GIL GONZÁLEZ, A.J.: “Violencia doméstica: una larga historia”, *Clío: Revista de historia*, nº 88, 2009, pp. 16 y ss.; GÓMEZ BRAVO, G.: “La violencia y sus dinámicas: crimen y castigo en el siglo XIX español”, *Historia social*, nº 51, 2005, pp. 93 y ss.; LÓPEZ MORA, F.: “Violencia, género e historia. Claves conceptuales y canteras documentales”, *Violencia y género: Congreso internacional 9, 10 de marzo de 2001*, Coord. ADAM MUÑOZ/PORRO HERRERA, Córdoba, 2003, pp. 15 y ss.; DE SANDE BUSTAMANTE, M.M.: “La violencia de género en la literatura y en la historia de España”, *La imagen de la mujer y su*

factores han sido diversos, por ejemplo, la participación de la mujer en la vida política, social, económica y profesional, la lucha de movimientos feministas, la equiparación de derechos con los hombres (art. 14 CE), etc. Esta evolución resulta especialmente visible con los malos tratos y la violencia física en el ámbito familiar a partir de la reforma operada en el Código Penal anterior en 1989, que introdujo en el Título dedicado al delito de lesiones, una previsión específica para castigar expresa y autónomamente los malos tratos y la violencia física en el ámbito familiar.

Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se recogieron distintas figuras delictivas en las que, por un lado, la mujer era extraordinariamente protegida, y por otro, se le sancionaba de manera excesiva. Así el Código Penal de 1822<sup>39</sup> incluía la circunstancia agravante de “desprecio al sexo femenino” y el Código Penal de 1848 hablaba de “desprecio de sexo”.

El Código Penal de 1822 revelaba una posición distinta entre marido y mujer, dado que la relación matrimonial se configuraba como una atenuante cuando se trataba de agresiones del marido a la mujer, y como una agravante en el caso contrario, situación que se mantuvo en las sucesivas reformas del Código Penal hasta 1983.

En efecto, hasta el año 1962 el artículo 428 del Código Penal de 1944 castigaba con pena de destierro “al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en

---

*proyección en la literatura, la sociedad y la historia*, Coord. GONZÁLEZ DE SANDE, 2010, pp. 661 y ss.

<sup>39</sup> El Código Penal de 1822 en su artículo 625 señalaba que “los padres o abuelos que excediéndose en el derecho de corregir a sus hijos o nietos cuando cometan alguna falta, maten a alguno de estos en el arrebató del enojo, serán considerados siempre, y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza. Cualquier otro que excediéndose en igual derecho, cuando legítimamente le competa, incurra en el propio delito respecto a sus criados, discípulos u otras personas que estén a su cargo y dirección será castigado”. Incluyéndose la esposa en este grupo de personas que el hombre tenía “a su cargo y dirección”. El artículo 658 del referido Código, eximía a padres y ascendientes de la responsabilidad de herir o maltratar excepto en el caso de que “excediéndose de sus facultades lisiaren a alguno ... si concurrieren en este delito sufrirán un arresto de seis días”.

el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena”<sup>40</sup>, sin que existiera un precepto similar en favor de la mujer cuando el adúltero fuera su marido. En la regulación del delito de adulterio (vigente hasta las primeras reformas de la transición democrática del año 1979), el adulterio de mujer casada era castigado con pena de seis meses a seis años de prisión, pero el del marido (que se llamaba amancebamiento) sólo se castigaba por supuesto con pena inferior “cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella”, mientras la mujer cometía adulterio con una sola conducta de infidelidad e incluso si mediaba separación de hecho entre los cónyuges.

Así el delito de uxoricidio (figura delictiva que consistía en matar a la mujer adúltera sorprendida in fraganti por su esposo), que tenía su esencia en que el honor del marido y su reputación resultaba gravemente dañada por ese acto de su esposa, no desapareció del Código Penal hasta la reforma de 23 de Diciembre de 1961, de lo que se desprendía la existencia de una mentalidad social ampliamente extendida que valoraba negativamente el ejercicio de la sexualidad por la mujer cuando lo hacía fuera de los casos jurídica y socialmente admitidos, pero no se aplicaba idéntica consideración cuando las mismas relaciones eran llevadas a cabo por un varón.

Como precedente legislativo más remoto del artículo 153 CP se podría citar la regulación de los malos tratos considerados exclusivamente como faltas en el artículo 583 apartados segundo y tercero del Código Penal de 1963, que en clave discriminatoria castigaba a “los maridos que maltratasen a sus mujeres cuando no les causasen lesiones”, así como a “las mujeres que maltratasen de palabra u obra a sus maridos”. Regulación de la que se desprendía que el marido podía insultar y vejar de palabra a su mujer impunemente, en tanto que la mujer respondía del maltrato de palabra y de obra.

Dichas faltas desaparecieron por la reforma del Código Penal producida por la LO 8/83, de 25 de Junio, que las refundió en una sola con el mismo texto “el que

---

<sup>40</sup> Idéntico tratamiento se daba a los padres que sorprendieran a sus hijas menores de veintitrés años y a sus corruptores, mientras vivieran en la casa paterna.

maltratase a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra aunque no les causase lesión”, al considerar según la Exposición de Motivos de dicha Ley, que la igualdad entre los cónyuges justificaba dicha nueva regulación.

En la época preconstitucional las previsiones jurídicas reflejaban un patrón antropológico y social machista, que marginaba a la mujer en la sucesión hereditaria, en el ámbito de administración de sus bienes, en el acceso a la función pública, en el desempeño de determinadas profesiones, etc., lo que suponía la consagración legal de la posición real de dominio del varón sobre la mujer.

Actualmente resulta impensable o irrisorio, pero en España<sup>41</sup>, antes del año 1975, la mujer casada necesitaba el permiso de su marido para enajenar sus bienes privativos y no podía por sí sola establecer relaciones mercantiles ni comprar un bien para la sociedad de gananciales, tenía la obligación de fijar su residencia donde el marido la fijara ...<sup>42</sup>. Hasta el año 1978, el Código Penal recogía el delito de raptó (art. 441) castigando el raptó de una mujer entre los dieciséis y los veintitrés años, aunque mediara su consentimiento, por lo que se establecía una especie de tutelaje sobre la mujer, que abarcaba su sexualidad, su vida y sus bienes. Y hasta el año 1989, el bien

---

<sup>41</sup> En la Edad Media, en Europa estaba permitido que el varón golpeará a su esposa con la misma regularidad con la que golpeaba a sus sirvientes, e incluso en Inglaterra se permitía al varón pegar a su mujer con una vara que no superara el grosor de su dedo pulgar, y si bien en épocas más avanzadas las leyes trataban de regular la violencia que podía ejercerse sobre la mujer para evitar que fuera excesiva o inhumana no se pretendía su erradicación.

<sup>42</sup> A lo largo de la historia, la mujer ha estado en una situación de inferioridad legal respecto del hombre, que sólo desaparece cuando se inicia la transición democrática, dado que la mujer pasaba de la tutela del padre a la del marido, los derechos de las mujeres casadas eran equivalentes a los de los menores, necesitando incluso el permiso del marido para contratar, realizar un trabajo, viajar u obtener el pasaporte, y el marido ejercía de pater familias con ejercicio del ius corrigendi de su mujer e hijos.

En el régimen franquista, la mujer era incluso considerada conforme señalan BOSCH FIOL y FERRER PÉREZ como “sacrificada cuidadora de la familia y como figura obediente y sumisa a la autoridad del varón” (BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V.A.: “Sumisión y obediencia al marido: el ideario de la Sección Femenina”, *Arenal: Revista de historia de mujeres*, Vol. 11, nº 1, 2004, pp. 175 y ss.).

jurídico protegido en las conductas que actualmente se recogen en el título “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (Título VIII del Libro II CP) era la honestidad, por lo que no eran susceptibles de tipificarse conductas de abusos sexuales dentro del matrimonio conforme a la idea de supeditación de la mujer al marido.

En la misma línea, la mujer no podía cometer falsedad documental porque no podía firmar documentos y tenía impedido el acceso a su formación y a muchas profesiones, como a la carrera judicial a la que no pudo acceder hasta finales del año 1966, a los cuerpos policiales hasta el año 1977 (si bien en el año 1983 sólo un número restringido de plazas de cada convocatoria podía ser cubierto por mujeres) o a las fuerzas armadas hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1/1988, de 22 de Febrero, e incluso hasta la Ley 17/1999, de 18 de Mayo, no se aplica el principio de igualdad con todas sus consecuencias al incorporarse por la citada ley al régimen de personal de las fuerzas armadas este principio de forma que tal carrera es igual para hombres y mujeres, sin que ningún destino de las fuerzas armadas esté vetado a las mujeres, incluidos los de tipo táctico u operativo.

En fechas no muy lejanas del pasado siglo, la relación matrimonial aparecía como una atenuante cuando se trataba de agresiones del marido a la mujer y como una agravante cuando se trataba de la misma conducta cometida por la mujer contra su marido y con frecuencia se solía aplicar a los maridos la atenuante de estado pasional al entender que el hombre había actuado por arrebató u obcecación.

La reforma del Derecho penal español en materia de malos tratos y la violencia física en el ámbito familiar efectivamente comenzó a partir de la reforma habida en 1989 en el Código Penal<sup>43</sup>, que introdujo en el título dedicado al delito de lesiones, una previsión específica para castigarlos de manera autónoma.

---

<sup>43</sup> Sobre la evolución de esta materia, vid., MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coord. RAMOS VAZQUEZ/SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010, pp. 1-17; MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009...”, cit., *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009, pp. 25 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: “La lucha contra la

Por lo que con las reformas introducidas en el Código Penal a partir de 1989, el legislador pretende atajar el problema de la violencia doméstica anticipando la intervención del Derecho penal en el mismo inicio de la violencia, incluso antes de que llegue a manifestarse en agresiones físicas con un incremento del rigor punitivo que puede entenderse que va más allá de la idea de proporcionalidad del castigo en relación con el hecho aislado.

Un paso muy importante en la materia se produce con la LO 3/1989, de 21 de Junio, de reforma del Código Penal, que constituye el verdadero precedente del artículo 153 CP. Esta reforma incorporó nuevos delitos como el de violencia física habitual en el ámbito doméstico<sup>44</sup>, y actualizó el artículo 425 del Código Penal de 1973, que sancionaba el ejercicio reiterado del maltrato, que hasta entonces se encontraba tipificado en el artículo 583 CP.

El artículo 425 CP castigaba con la pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses de privación de libertad), “el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”.

---

violencia de género en la reciente legislación española”, *Revista de Derecho penal*, nº 16, 2006, pp. 189 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Ensayos de Derecho Penal, Madrid, 2010.

<sup>44</sup> En este delito del artículo 425 CP, ubicado sistemáticamente entre las lesiones, parece cobrar vida un bien jurídico nuevo, distinto a los clásicos, que al principio se quiso identificar con el protegido en las lesiones (salud o integridad personal), pero posteriormente también se pretendió vincular con la paz familiar o con la noción de convivencia pacífica, y con el tiempo se consideró que era más próximo al principio de dignidad de la persona, en concreto, a la integridad moral de la persona (BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites ...”, cit., p. 02:6).

A partir de este momento, la habitualidad, la repetición de agresiones aunque no fueran graves, cualquiera que fuera su fin<sup>45</sup>, contra alguno de los miembros de la unidad familiar se consideró delito. Y aunque la aplicación del tipo de maltrato habitual fue escasa, implicó el inicio de su expansión autónoma en tres direcciones: a) progresiva ampliación y diversificación de las conductas castigadas, b) incremento del círculo de sujetos pasivos del delito, y c) agravación de las penas.

Tal regulación recibió críticas por la posible vulneración del principio “ne bis in idem”, dado que para apreciar la habitualidad se castigaba, por una parte, la falta de lesiones y, por otra, se tenía en cuenta la misma conducta para fundamentar el delito de malos tratos. No eran típicos los malos tratos psíquicos y no podían ser sujetos activos del delito los hijos que realizaran actos de violencia sobre los padres, ya que la finalidad era proteger a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar.

El artículo 425 CP se introdujo en virtud de una enmienda del Grupo Socialista en el Senado, ya que ni en el Proyecto de Ley ni en el texto aprobado en el Congreso se incluía ninguna precisión. Su finalidad fue, según se recoge en el Preámbulo de dicha Ley Orgánica, responder “a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del grupo, ya fueran ejercidas sobre los menores e incapaces o sobre el otro cónyuge”, convirtiendo dicha conducta en delito, aunque aisladamente no fueran más que una sucesión de faltas, en atención a la nota de la habitualidad.

---

<sup>45</sup> Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de Febrero de 1999, que la expresión “con cualquier fin” (no incluida en la redacción posterior del artículo 153 CP), planteaba en el referido artículo 425 CP, la problemática en torno a la compatibilidad del tipo delictivo con la concurrencia del uso del derecho de corrección. Se consideró que como los excesos de la corrección de ser habituales son antijurídicos, constituirían este delito, motivo por el que se suprimió dicha expresión en la redacción del artículo 153 en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre. Y se entendió que la amplitud de la expresión “con cualquier fin”, permitía la subsunción de cualesquiera motivos para maltratar a cualquiera de los miembros de la familia, ya obedecieran a un capricho, al sadismo, a la sospecha de infidelidad, o al deseo de corrección, que en todo caso, no justificaba el empleo de la violencia física.

Como consecuencia de la referida regulación quedó sin contenido la falta del artículo 583 CP, refundiéndose en el párrafo segundo de la falta del artículo 582 CP, los malos tratos, que quedarían agravados cuando los ofendidos fueran los ascendientes, cónyuges o unidos por análoga afectividad de forma permanente, e hijos menores, pero con un carácter residual respecto del artículo 425 CP. Lo cierto es que los sujetos pasivos del delito del artículo 425 CP y la falta del artículo 582 CP, respectivamente, presentaban divergencias, puesto que en el delito se incluían al pupilo, menor e incapaz sometido a tutela o guarda de hecho, y no se exigía en la relación de afectividad, que fuera permanente, que si se exigía en la falta.

Por tanto, es con la reforma del Código Penal operada por la Ley 3/89, de 21 de Junio, cuando se crea el tipo de violencia en el medio familiar, articulándose alrededor de la nota de habitualidad<sup>46</sup>, en el Capítulo de las lesiones (Capítulo IV) en el Título de los delitos contra las personas (Título VIII)<sup>47</sup>, destacando en tal regulación la ausencia de los ascendientes como sujetos pasivos del delito, por lo que la violencia ejercida sobre los mismos sólo podía ser sancionada como lesiones o por medio de la falta del artículo 582 CP<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Según la STS de 17 de Abril de 1997, los elementos vertebradores de estos delitos eran: a) una acción que suponga el ejercicio de violencia física (no incluyéndose la violencia psíquica en virtud del principio de legalidad); b) que tal acción se ejerza habitualmente (lo que le diferenciaba de la falta del artículo 582 CP, puesto que individualmente consideradas las agresiones no eran más que una sucesión de faltas); c) dicha acción violenta puede obedecer a cualquier finalidad; y d) tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo deben ser cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, pudiendo extenderse el sujeto pasivo a las otras personas relacionadas en el tipo.

<sup>47</sup> A pesar de su ubicación sistemática, la doctrina realmente no lo consideró como un delito de lesiones porque no exige un resultado lesivo para la víctima (que de existir implicaría un concurso de delitos), y porque el bien jurídico protegido sería la dignidad de la persona en el seno de la familia, y no la indemnidad personal.

<sup>48</sup> Circunstancia que implicaba que allí donde más necesitada de tutela estaba la dignidad de la persona fue donde se produjo el olvido de la Ley, conforme se pone de relieve en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, p. 611.



Otras de las cuestiones más polémicas del artículo 425 CP era el régimen de concursos entre dicho tipo legal y los resultados lesivos acaecidos<sup>49</sup> como consecuencia de los diferentes hechos integrantes de la habitualidad, incluyendo la interpretación de su concepto mismo<sup>50</sup>.

Dicha regulación no cubrió las expectativas que suscitó ni implicó una protección adecuada de los miembros de la familia maltratados, que finalmente no escapaban del dominio del maltratador, entre otros motivos porque la violencia castigada se limitó a la física, por los problemas derivados de la exigencia de habitualidad, y por la autonomía del bien jurídico protegido, independiente de los

---

<sup>49</sup> La Circular 2/90 de la FGE entendió que en el caso que la violencia física habitual hubiese causado alguna lesión constitutiva de delito se estaría ante un concurso de normas (y no de delitos conforme entendía la doctrina científica) a resolver por el principio de consunción, de manera que el delito de resultado más grave absorbería las previas violencias físicas habituales. Y que si las lesiones causadas por las violencias habituales tenían la consideración de falta, el artículo 425 CP las subsumiría en el tipo. Resultando en consecuencia, que la naturaleza y el bien jurídico del referido tipo penal quedaba ambiguo, y la autonomía que se postulaba de las lesiones resultaba más teórica que práctica.

<sup>50</sup> La Circular 2/90 de la FGE recogió los dos criterios existentes al respecto: 1) la de quienes entendían el concepto de habitualidad en sentido jurídico de multireincidencia (con la consecuencia de exigir antecedentes por reincidencia en lesiones o faltas de malos tratos, y los problemas derivados de doble incriminación y vulneración del principio non bis in idem); y 2) la de aquellos que separando el concepto de reincidencia de naturaleza normativa del concepto de habitualidad de naturaleza criminológica, atendían exclusivamente a la repetición de otros de idéntico sentido con independencia de que se hubiese apreciado la reincidencia, considerando que la acreditación de varios actos (al menos tres como para los otros delitos habituales), próximos en el tiempo cometidos contra los sujetos pasivos del tipo penal daba lugar a la habitualidad.

Este último criterio fue el asumido jurisprudencialmente, conforme se refleja en la STS de 20 de Diciembre de 1996 que señala que debe entenderse por habitualidad “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica”. Y el criterio igualmente asumido por el CGPJ al entender que la exigencia de habitualidad del futuro art. 153 CP “debía de ser entendida no tanto en sentido técnico-jurídico, como reincidencia, sino en un sentido criminológico-social, como conducta agresiva repetida y dilatada en el tiempo, con o sin condenas previas, de forma que la Sentencia condenatoria firme precedente pudiera constituir una prueba más de la habitualidad, que no obstante, podría también demostrarse por otros medios, como la existencia de denuncias anteriores, testimonios, etc...”.

concretos malos tratos. Todo ello unido a las graves dificultades de prueba y la reducida sanción penal impuesta determinó la escasa aplicación del precepto.

Críticas aparte, resulta evidente que la introducción del referido artículo 425 CP contó con suficiente justificación político criminal, conforme señala DEL ROSAL BLASCO<sup>51</sup>, dado que la frecuencia con la que suceden los malos tratos sistemáticos en determinados ámbitos de relación no encontraban hasta 1989, una adecuada respuesta penal, considerándose este precepto (y el futuro art. 153 CP) el mínimo de cobertura legal imprescindible para empezar a hacer frente a la violencia doméstica<sup>52</sup>.

### **B) Regulación en el Código Penal de 1995.**

El Código Penal de 23 de Noviembre de 1995 reprodujo casi íntegramente la anterior regulación<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: Legislación vigente y propuesta de reforma”, Congreso de violencia doméstica, CGPJ, 2003, p. 328.

<sup>52</sup> Precisamente es el hecho de que esta violencia se ejerza de forma habitual o sistemática, en un círculo de relación como el familiar, conyugal o tutelar, al resultar más dañina, la razón por la que, aunque las conductas aisladamente consideradas ya merecían un reproche penal, el legislador ha considerado conveniente castigarlas de forma independiente, porque el antiguo reproche no suponía un mecanismo disuasorio suficiente, ni situaba en sus justos términos el desvalor que merecen dichos comportamientos, conforme señala QUINTERO OLIVARES, G., en su obra “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº III, 1989, p. 937.

Persiguiendo el legislador con la introducción de este tipo penal, el nada desdeñable propósito de reflejar que la violencia doméstica (en el ámbito conyugal o de las parejas de hecho o de las relaciones filiales) se reconoce como un fenómeno social que hay que combatir con la reacción más enérgica del ordenamiento jurídico.

<sup>53</sup> Sobre la evolución de esta materia a partir del Código Penal de 1995, vid., ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004 (en especial, estudio de los aspectos sobre tutela penal y procesal penal en materia de violencia de género de la L.O 1/2004 de 28 de diciembre)”, *la Ley*,

El delito de malos tratos en el ámbito familiar, regulado en el artículo 153 del Código Penal, limitó, al igual que su predecesor, el ejercicio de la violencia a la de carácter físico, excluyendo la psicológica, introduciendo como novedad la ampliación del círculo de personas protegidas ahora extensible a los ascendientes y a los hijos (no sólo a los sujetos a la patria potestad como en el anterior artículo 425 CP, sino también como se desprende de su propio tenor literal, a los hijos propios o del cónyuge o conviviente siempre que exista convivencia).

El artículo 153 CP señalaba:

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

Los malos tratos psíquicos sólo podrán castigarse, en su caso, por medio de las figuras delictivas de amenazas, detenciones ilegales, coacciones o contra la integridad moral. Para apreciar la habitualidad, la jurisprudencia venía exigiendo junto a la reiteración de actos, una cierta proximidad temporal entre los mismos y que existiera en el autor una predisposición psíquica a la realización de tales actos, suscitándose la misma problemática relatada respecto del principio “ne bis in idem”, al entenderse que las faltas juzgadas y condenadas podrían computarse a efectos de apreciar la habitualidad<sup>54</sup>.

---

nº 6457, 2006; ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: “Análisis de la protección...”, cit., *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2006, pp. 1450 y ss.

<sup>54</sup> Se podría entender por el contrario que no se producía la pretendida vulneración del principio “ne bis in idem” atendiendo al distinto bien jurídico protegido por ambas figuras legales, dado que en el delito de malos tratos habituales, el bien jurídico protegido no es la salud física sino la tranquilidad y el sosiego en el ámbito familiar, la dignidad y seguridad en el ámbito doméstico, mientras en las faltas de lesiones se tutela la integridad física por lo que no existiría inconveniente alguno de doble imputación.

También se criticaba la imposibilidad de perseguir de oficio las faltas de malos tratos, las amenazas y coacciones leves, y la ausencia de una específica medida cautelar personal distinta de la prisión provisional para conseguir el alejamiento físico del maltratador respecto de su víctima durante la tramitación del procedimiento penal.

En todo caso, la redacción mejorada del artículo 153 CP tras la LO 10/95, de 23 de Noviembre, implicó la corrección de determinados defectos anteriores:

a) Supuso la ampliación del círculo de las personas protegidas como posibles sujetos pasivos del referido delito, salvando la omisión anterior de los ascendientes. Pudiendo ser sujeto activo del delito tanto el hombre como la mujer.

b) En material concursal se opta por la autonomía de tipo independientemente de las penas que puedan imponerse por los resultados producidos, con aplicación del concurso de delitos y no de normas<sup>55</sup>, lo que permite calificar este delito como de peligro y no como delito de resultado, fortaleciendo su autonomía al no tratarse de un tipo agravado de la falta de malos tratos.

---

<sup>55</sup> El antiguo art. 425 CP del Código Penal de 1973 planteaba un problema concursal en el supuesto de que el sujeto activo en el ejercicio habitual de la violencia física causaba lesiones, existiendo dos posiciones doctrinales.

Unos autores consideraban que existía un concurso de delitos al entender que los bienes jurídicos lesionados eran distintos -la dignidad de la persona en el caso del art. 425 CP y la salud personal en el caso del delito de lesiones-(COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Valencia, 1990, p. 611). Y otros entendían que existía un concurso de leyes, aplicando la figura del delito de lesiones con la circunstancia mixta de parentesco (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M.: *La Reforma Penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 105).

Esta última posición fue defendida al considerar que “no existían dos bienes jurídicos lesionados sino una progresión en el ataque a un mismo bien jurídico o, cuando menos, a bienes jurídicos que, aunque conceptualmente eran distinguibles, tenían una misma naturaleza, no siendo el uno sino una prolongación o una parte del otro” (DEL ROSAL BLASCO, B.: “El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, p. 375).

Según DEL ROSAL, el efecto más importante que tuvo la introducción de esta regla penológica, aparte de resolver un problema anterior cuya solución quedaba en manos del intérprete, fue la de alterar la naturaleza del delito, reorientando la discusión en torno a cuál debía ser el bien jurídico protegido por el mismo<sup>56</sup>.

La discusión sobre el bien jurídico protegido también se suscitó en relación al derogado art. 425 CP.

Un sector doctrinal<sup>57</sup> consideró que si la conducta descrita en el derogado art. 425 CP no hubiera tenido el carácter de habitual se estaría en presencia de la falta de malos tratos de obra, por lo que la figura delictiva del art. 425 CP no podía ser calificada como un delito de lesiones ya que su aplicación no requería la producción de ningún resultado material.

Otro sector doctrinal<sup>58</sup> entendió que el fundamento del art. 425 CP consistía en el mayor desvalor que merecía la realización de una lesión del bien jurídico cuantitativa o cualitativa superior a la representada por la falta de lesiones y la de malos tratos de obra, frente a las cuales el art. 425 CP aparecía como una especie agravada, tanto por la reiteración de los ataques a los bienes jurídicos “salud personal” (si hay lesión) y “bienestar personal” (si sólo hay maltrato de obra) como por el mayor riesgo de lesión que puede sufrir la salud personal al producirse el ataque en alguno de los ámbitos de la relación descritos en el tipo penal. Sin olvidar la vulnerabilidad que presentan dichos bienes jurídicos dado que suelen mediar relaciones de superioridad y dependencia afectiva y económica entre sujeto activo y pasivo del delito, lo cual dificulta la capacidad defensiva de la víctima.

Razón por la que se consideraba que el art. 425 CP no pretendía defender a la familia como bien jurídico protegido sino proteger la salud y/o

---

<sup>56</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de ...”, cit., pp. 325 y ss.

<sup>57</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Delitos contra las personas*, 2ª Edición, Madrid, 1991, p. 173; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU: *Derecho Penal...*, cit., p. 610.

<sup>58</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *La Reforma...*, cit., pp. 104-105; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Comentarios...*, cit., p. 371.

el bienestar personal, y que era una especie agravada de las faltas de lesiones y de las de malos tratos de obra.

El texto del artículo 153 CP con la introducción de la referida regla penológica implicó la alteración de la discusión respecto al bien jurídico protegido y la naturaleza de este delito, dado que las penas de este tipo penal se impondrían sin perjuicio de las penas procedentes por el resultado que en cada caso se causare, lo que implicaba por tanto, que era de difícil justificación seguir manteniendo que el art. 153 CP era un delito de resultado material en el que el bien jurídico protegido era la salud personal, puesto que si la lesión causada se castigaba como tal y además como violencia física familiar o conyugal, estaríamos ante un supuesto de doble incriminación inaceptable, dado que hechos lesivos de un mismo bien jurídico (salud personal) merecen un doble castigo, por un lado a través de la falta o delito de lesiones, y por otro, a través del tipo del art. 153 CP.

Por tanto, señalaba la doctrina que sería posible seguir aludiendo a la integridad y a la salud personal como bien jurídico protegido pero configurando el delito como un tipo de peligro abstracto, sobre la base de las probabilidades de que la reiteración de las conductas relatadas en el tipo provoquen en la víctima, estados graves de desequilibrio psíquico y emocional<sup>59</sup>.

No obstante, la mayoría de los autores<sup>60</sup> consideraron que el art. 153 CP no era un delito de lesiones sino un tipo penal destinado a proteger la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante,

---

<sup>59</sup> GRACÍA MARTÍN, L.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Coord. DÍEZ RIPOLLÉS/GRACÍA MARTÍN, Valencia, 1997, pp. 426 y ss.

<sup>60</sup> CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Coord. VIVES ANTÓN, Valencia, 1996, p. 801; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Artículo 153”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, Coord. VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 100-101; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal*, Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, Coord. JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997, p. 440; CERVELLÓ DONDERRIS, V.: “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, *Poder Judicial*, nº 33, 1994, pp. 53-54; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 95.

como manifestación de la dignidad de la persona, lo cual sería objetable dado que: a) ya existe un título en el Código Penal que recoge las conductas que atentan a la integridad moral, y b) porque el referido tipo penal no exige un trato inhumano, degradante o vejatorio, sino que se ejerza habitualmente la violencia, por lo que no necesariamente ha de ser inhumana o degradante<sup>61</sup>.

Señalándose que la dignidad de la persona más que un bien jurídico diferenciado es un atributo totalizador, por lo que un atentado a la dignidad humana puede tener lugar por medio del ataque a diversos bienes personalísimos como la vida, la salud, etc<sup>62</sup>.

c) Se eleva la sanción penal, de arresto mayor a prisión de seis meses a tres años<sup>63</sup>.

d) Se mantiene la exigencia de vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad en la pareja, introduciendo la nota de estabilidad que no existía en el anterior artículo 425 CP (aunque si existía en la falta del artículo 582 CP que se aludía a “forma permanente...”).

La doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la posible tipicidad de las parejas homosexuales<sup>64</sup>.

e) Se potencia la nota de la habitualidad<sup>65</sup> como concepto propio del tipo de violencia familiar, independiente del de reincidencia y del de habitualidad definido en el

---

<sup>61</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La regulación de ...”, cit., p. 334.

<sup>62</sup> GRACIA MARTÍN L.: *Comentarios...*, cit., p.419.

<sup>63</sup> Resulta notorio que la pena puede considerarse excesiva en comparación con la contenida en el precedente artículo 425 CP conforme señala SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª Edición, Madrid, 1999, p. 113, nota 68.

<sup>64</sup> La STS de 11 de Mayo de 1995 restringía la aplicación del tipo del art. 425 CP a las parejas de distinto sexo.

<sup>65</sup> La Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado entendió el concepto de habitualidad como distinto del de reincidencia (no exigiéndose que el sujeto activo hubiera sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título), pero si consideró

artículo 94 CP<sup>66</sup>, al circunscribirse este último exclusivamente al ámbito de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

f) Se refuerza la idea de que el bien jurídico protegido no es la integridad física, sin perjuicio de la ubicación sistemática del tipo.

Posteriormente y en tal línea, con la promulgación de la LO 11/1999, de 30 de Abril, de modificación del título VIII del Libro II del Código Penal se ampliaron las penas que se recogían en el art. 57 CP<sup>67</sup>, añadiéndose junto a la pena de prohibición de

---

preciso que el sujeto activo hubiera llevado a cabo tres o más actos de violencia física sobre las personas descritas en el tipo, ligado temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica.

<sup>66</sup> El artículo 94 CP establece que “a los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.”

<sup>67</sup> El artículo 57 CP estipula:

“1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes,



que el reo vuelva al lugar de comisión del delito, la de aproximarse a la víctima, a sus familiares, o a las personas que determine el Tribunal, la prohibición de comunicarse con la víctima o con los familiares que determine el Tribunal, y la posibilidad de imponer estas medidas cuando se trataba de la antigua falta contra las personas<sup>68</sup>. Por su parte, el art. 105 CP<sup>69</sup> recoge entre las medidas de seguridad, la prohibición de

---

ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado primero de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”.

<sup>68</sup> Alejamiento que tendrá un tiempo máximo de cinco años cuando se trate de delito, y de un año cuando se trataba de la derogada falta del artículo 617 CP (actual art. 147 ap. 2 y 3 CP).

<sup>69</sup> El artículo 105 CP señala:

“En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código.

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

- a) Libertad vigilada.
- b) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

- a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

aproximarse a la víctima o a sus familiares o de comunicarse con ellos, y el art. 83.1 CP<sup>70</sup> que en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena se imponga la

---

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, así como para concretar dicha obligación cuando por ley viene obligado a imponerlas, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador.

En los casos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.”

<sup>70</sup> El artículo 83 CP en sus apartados 1 y 2 estipula:

“1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:

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

2.<sup>a</sup> Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3.<sup>a</sup> Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.

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

5.<sup>a</sup> Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

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

7.<sup>a</sup> Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella, tipificándose asimismo, la falta de maltrato de obra en el art. 617.2 CP<sup>71</sup> (actual delito leve previsto en el art. 147. 3 CP).

Desde la promulgación del Código Penal de 23 de Noviembre de 1995 se han producido sucesivas reformas en los delitos relacionados con la denominada violencia de género por el incremento constante de víctimas de este tipo de delitos, reformas encaminadas a endurecer la represión penal de esta forma de violencia, mediante el incremento de las penas y medidas de seguridad<sup>72</sup>, transformando en delitos conductas anteriormente calificadas como faltas<sup>73</sup>. También ha influido en esta tendencia

---

8.<sup>a</sup> Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9.<sup>a</sup> Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

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

<sup>71</sup> Dicho artículo 617.2 CP establecía que “el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días” (castigándose posteriormente dicha falta con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días hasta que fue suprimida por la LO 1/2015, de 30-3, que pasa a castigar dicha conducta como delito leve en el artículo 147.3 CP con la pena de multa de uno a dos meses).

<sup>72</sup> La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de Abril, amplió las penas accesorias que podían adoptarse al amparo del art. 57 CP, incluyendo expresamente la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares que el Juez o Tribunal determine, la de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal, además de la que ya figuraba con anterioridad consistente en la prohibición de volver al lugar donde se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

<sup>73</sup> Como ponen de relieve BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN en “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *Diario La Ley*, nº 6146, 2004,

reformista la existencia de una mayor sensibilidad y rechazo social, por lo que ha dejado de ser un “delito invisible”<sup>74</sup>.

Con ello se adelantan las barreras de protección del bien jurídico protegido sin que en la práctica esta mayor intervención penal y rigor punitivo haya supuesto una efectiva disminución de actuaciones violentas en esta sede<sup>75</sup>, por lo que doctrinalmente se cuestiona si no estaremos ante un “Derecho penal del enemigo” frente al “Derecho penal del ciudadano”.

En esta línea se encuentran las reformas operadas en el ámbito penal por la LO 14/1999, de 9 de Junio<sup>76</sup>, de modificación del Código Penal y de la LECRIM en materia de protección a las víctimas de malos tratos; la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración

---

se podría justificar la transformación de las antiguas faltas en delito si la política del legislador obedeciera a que han cambiado efectivamente las valoraciones ético sociales sobre los fenómenos que contempla y si lo que hasta hace poco era tenido por leve pasa actualmente a reputarse como grave atendido a una mayor gravedad del hecho desde el punto de vista del contenido del injusto y de la culpabilidad.

<sup>74</sup> En el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28-12, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se señala que “ya no es un delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”.

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 2001, p. 66.

<sup>76</sup> Obsérvese que tras la reforma verificada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de Abril (que entró en vigor el 20 de Mayo de 1999), de manera casi inmediata se produjo una nueva reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de Junio (que entró en vigor el 10 de Junio de 1999), por lo que sobre la misma materia se tramitaron de forma casi coincidente dos leyes orgánicas, que entraron en vigor con una diferencia de veinte días, fenómeno que se ha calificado como “ti vivo legislativo” (DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada*, nº 3, CGPJ, Madrid, 1999, p. 309).

La razón de esta última reforma fue el rechazo por el Pleno del Congreso de los Diputados, al efectuar la votación sobre la Ley Orgánica 11/1999, de determinados puntos, que una vez no aprobados en aquel trámite, se tramitaron por la vía de urgencia como una nueva Ley.

social de los extranjeros; la LO 15/2003, de 25-11, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal; la LO 13/2003, de 24-10, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional; la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; la LO 1/2004, de 28-12, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuyo objeto específico es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia” (art. 1); y, finalmente, la LO 1/2015, de 30-3, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23-11, del Código Penal.

Veamos someramente el contenido de cada una de ellas.

### **B.1. La Ley orgánica 14/1999, de 9 de Junio, de modificación del Código Penal y de la LECRIM en materia de protección a las víctimas de malos tratos.**

Como consecuencia del “I Plan de acción contra la violencia doméstica” aprobado por el Consejo de Ministros el día 30 de Abril de 1998<sup>77</sup> y con el objetivo de

---

<sup>77</sup> Este Plan de Acción tiene su origen en los acuerdos adoptados en la Conferencia sectorial sobre violencia celebrada el 20 de Abril de 1998, que a su vez estuvo precedida por las medidas urgentes contra los malos tratos a mujeres, aprobadas por el Consejo de Ministros en el mes de Enero de 1998. La finalidad que se persiguió con este Plan fue dar una adecuada respuesta a la situación de violencia doméstica y a la demanda social ocasionada por esa situación, pretendiendo establecer medidas para erradicar dicha violencia.

Dicho Plan no sólo se centró en la adopción de medidas de tipo jurídico-penal sino también en la adopción de medidas de sensibilización y prevención (tendientes a la concienciación social de la gravedad del problema, propugnando que la idea de no violencia se transmita como valor en las escuelas y los medios), medidas de educación y formación, medidas de tipo social (tendientes a incrementar las unidades de atención a las mujeres en las comisarías, crear oficinas de asistencia a las víctimas, hacer guías de recursos, habilitar más casas de acogidas y pisos tutelados, realizar cursos de formación para las víctimas, reforzar su defensa legal, desarrollar programas de tratamiento psicológico, y priorizar programas dirigidos a las mujeres víctimas de violencia), medidas de tipo sanitario (tendientes a la elaboración de un

dar respuesta a la violencia sobre las mujeres y paliar sus consecuencias sobre las víctimas, se promulgó la LO 14/1999, de 9 de Junio, que introdujo importantes reformas tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, modificando el artículo 153 CP<sup>78</sup>.

La LO 14/1999, de 9 de Junio, dio la siguiente redacción al artículo 153 CP (texto en vigor entre el 10 de Junio de 1999 y el 30 de Septiembre de 2003):

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

De su tenor literal se desprende la extensión de la situación de convivencia derivada del matrimonio o de análoga relación de afectividad a aquellos supuestos en

---

protocolo de actuación en estos casos), medidas legislativas, y medidas tendentes a la mejor dotación a la investigación de este fenómeno para conocer las causas de este problema y lograr su erradicación.

<sup>78</sup> La redacción original del artículo 153 del Código Penal de 1995 (texto en vigor hasta el 9 de Junio de 1999) fue la siguiente: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

los que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la situación de convivencia típica al tiempo de la agresión. Específicamente se incluyó como modalidad de maltrato la “violencia psíquica” junto a la física<sup>79</sup>, que en el Código Penal de 1995 no se contemplaba salvo que se pudiera considerar como falta o delito contra la integridad moral. Se definió por primera vez el concepto de “habitualidad” y se modificó la cláusula concursal con extensión a las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica<sup>80</sup>. Por último, introdujo penas accesorias de prohibición de residencia, de alejamiento de la víctima, de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o de comunicarse con ellos.

En el ámbito procesal, la LO 14/1999 introdujo modificaciones en la LECRIM a los efectos de facilitar la más rápida protección de las víctimas, estableciendo nuevas medidas cautelares que permitieran al Juez acordar la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, o de aproximarse o comunicarse (artículo 544 bis LECRIM<sup>81</sup>),

---

<sup>79</sup> Ciertamente las agresiones verbales y otras presiones similares son susceptibles de producir en ocasiones, un mayor daño que las agresiones físicas, pero en esta materia tiene especial importancia el tema de la prueba, dado que en determinadas situaciones, la agresión psíquica se puede haber producido en un entorno doméstico íntimo con ausencia de testigos presenciales o de otros medios que permitan acreditar la comisión del delito, más allá de la manifestación de la propia víctima.

<sup>80</sup> Se entendió que existe un concurso de delitos entre el delito del art. 153 CP y los concretos actos de violencia física o psíquica resolviendo la polémica doctrinal mantenida al respecto, así la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado señalaba que si las lesiones producidas como consecuencia del ejercicio de los concretos actos de violencia física fueran constitutivas de falta, el delito de malos tratos consumiría esos resultados lesivos al considerar que existía un concurso de leyes y no de delitos, si bien tal posición fue rectificada por la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado al señalar “que es voluntad expresa del legislador dar solución al problema del concurso entre el delito del art. 153, como mera actividad habitual, con los diferentes resultados causados a raíz de cada acto violento, en forma tal que puedan ser punibles separadamente, a tenor de las normas que disciplinan el concurso de delitos”, justificando tal posición por la existencia de un bien jurídico distinto en las tipicidades penales que concurren y en la distinta entidad y naturaleza de las conductas, dado que la violencia habitual es distinta de cada una de las conductas que permiten detectarla.

<sup>81</sup> El artículo 544 bis LECRIM establece:

como primeras diligencias del proceso penal (artículo 13 LECRIM<sup>82</sup>). Se arbitraron mecanismos legales para evitar el encuentro visual entre las víctimas o los testigos menores de edad y los procesados, así como en los careos de aquellos con los imputados, tanto en fase de instrucción como durante el Juicio Oral (artículos 448, 455, 707, 713 LECRIM<sup>83</sup>), permitiendo la persecución de oficio de las entonces faltas de

---

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.”

<sup>82</sup> El artículo 13 LECRIM señala:

“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

<sup>83</sup> El artículo 448 LECRIM establece:

“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del



---

juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

El artículo 455 LECRIM señala:

“No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados.

No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial”.

El artículo 707 LECRIM estipula:

”Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

El artículo 713 LECRIM determina:

“En los careos del testigo con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirse los careados los cargos y hacerse las observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad.

No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial”.

malos tratos<sup>84</sup>, ampliando el contenido de las penas de privación del derecho de residir o de acudir no sólo al lugar de residencia de la víctima sino al que el juez determine, extendiendo asimismo la prohibición de aproximación y comunicación no sólo a la víctima o familia, sino a cualquier otra persona judicialmente determinada<sup>85</sup>.

Una vez más, la redacción mejorada del artículo 153 CP, tras la LO 14/1999, de 9 de Junio, implicó la corrección de determinados defectos anteriores:

a) Se amplía la acción típica en el maltrato familiar habitual para abarcar también la violencia psíquica<sup>86</sup>, superando por tanto la versión antigua e incompleta que

---

<sup>84</sup> Hasta la fecha de esta ley tales infracciones tenían la consideración de semipúblicas, exigiendo denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin embargo la LO 14/99 establece que cuando el ofendido sea alguna de las personas del art. 173 CP no se exigirá la denuncia del mismo excepto para la persecución de las injurias, tendiendo por consiguiente, la consideración de infracción pública y perseguible de oficio.

<sup>85</sup> Se modifica la regulación de la pena de alejamiento en materia de las antiguas faltas, de forma que se rebaja de un año a seis meses el periodo de tiempo por el que pueden imponerse las prohibiciones del art. 57 CP, estableciéndose asimismo que podrán imponerse no sólo en caso del art. 617 CP como sucedía antes, sino también en el caso del art. 620 CP.

Se aumentan las penas en las antiguas faltas de los artículos 617 y 620 CP, estableciéndose la posibilidad de optar al órgano judicial entre varias por el arresto de fin de semana, encaminada a que el agresor no pierda su empleo con las consecuencias dañosas indirectas de la víctima. Y se introduce en el art. 620 CP la innecesariedad de denuncia cuando la víctima fuera una de las contenidas en el art. 153 CP.

<sup>86</sup> Según DEL ROSAL BLASCO y CUELLO CONTRERAS esta ampliación tuvo también como consecuencia importante, la posibilidad de que en la conducta típica “ejercer violencia” se incluyeran las modalidades omisivas, cosa que antes de la reforma era discutible, dado que al limitarse la redacción anterior a la violencia física habitual, quedaban fuera del art. 153 CP los comportamientos que no consistieran en el acometimiento material de la víctima, en actos de fuerza material, y difícilmente eran incardinables conductas omisivas. Por lo que a partir de dicha reforma, la conducta típica queda ampliada más allá de actuar materialmente sobre el cuerpo de la víctima, para abarcar los comportamientos en los que por acción o por omisión, se realiza violencia sobre el sujeto pasivo del delito (DEL ROSAL BLASCO, B., “La regulación de ...”, cit., pp. 335-336; CUELLO CONTRERAS, J.: “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, *Poder Judicial*, nº 32, 1993, pp. 12 y ss.).

limitaba la violencia a la física<sup>87</sup> frente a la violencia psíquica, que antes de dicha reforma sólo tenía respuesta penal en conductas de cierta gravedad a través del delito de lesiones del artículo 147 CP<sup>88</sup>, que hace referencia a la salud física y mental, pero sin atender específicamente a su producción en el ámbito familiar.

b) Se amplía el ámbito de sujetos pasivos protegidos, al ampliar la relación de convivencia marital y análoga para abarcar también los supuestos en que la violencia se ejerce por quién ya no está unido ni contractual ni *more uxorio* con la víctima (separación, divorcio y nulidad matrimonial, y ruptura de la convivencia), pues la violencia se comete en consideración a dicha convivencia, produciéndose, por tanto, una ampliación del ámbito de protección de las víctimas que lo son como consecuencia de una pretendida situación de dominación y posesión. Y se persiste en la exigencia de estabilidad en la relación de afectividad.

---

<sup>87</sup> Para algún autor esta es la principal novedad de la reforma (MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Edición, Valencia, 1999, p. 122).

<sup>88</sup> El artículo 147 CP señala:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

c) Se efectúa una interpretación auténtica del concepto de habitualidad por el legislador<sup>89</sup> (en la línea del realizado jurisprudencialmente antes de la reforma), que implica: 1) una pluralidad de actos violentos físicos o psíquicos; 2) una ampliación del sujeto pasivo (dado que no exige unidad del sujeto pasivo, pudiendo ser diverso siempre que sea miembro del grupo familiar previsto en el tipo legal); 3) una proximidad temporal de los actos violentos; y 4) independencia de que tales actos hayan sido o no enjuiciados<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Antes de la introducción de este concepto normativo de la habitualidad, un sector doctrinal entendía que la misma era un dato de hecho, que no precisaba de constatación formal, y que implicaba repetición del mismo comportamiento, al menos, en tres ocasiones (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *La Reforma...*, cit., pp. 105 y ss.; BOIX REIG, J.: *La Reforma Penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 123; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual...*, cit., p. 173; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código...*, cit., p. 95; CERVELLÓ DONDERRIS, V.: “El delito de...”, cit., p. 57; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, cit., p. 801).

Otro sector doctrinal y cierta jurisprudencia consideró que dicho criterio no era de aplicación automática, no apreciándose la habitualidad cuando los distintos hechos no respondían a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal (TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La Reforma de los Delitos de Lesiones*, Barcelona, 1990, p. 180; GRACÍA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., p. 461).

La redacción legal introducida por esta reforma de 1999 sigue este último criterio al precisar la proximidad temporal de los actos, prescindiendo de si la violencia se ha ejercido o no sobre una misma víctima (tal y como propuso algún autor como GRACÍA MARTÍN que consideraba la habitualidad como una característica personal del sujeto activo), y de que los actos de violencia hayan sido enjuiciados anteriormente (GRACÍA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., p. 449).

Conforme pone de relieve DEL ROSAL BLASCO, antes de la reforma referida se discutía si se podía excluir la habitualidad cuando había existido condena previa por alguno de los actos que servían para construirla (vid., DEL ROSAL BLASCO, B., “La regulación de...”, cit., pp. 337-338).

<sup>90</sup> Si tales conductas ya fueron enjuiciadas dando como resultado un fallo absolutorio para el imputado, el principio de presunción de inocencia debería llevar a la conclusión de que el hecho/s no ocurrió.

d) Se mantiene la sanción penal y la autonomía del tipo penal frente a las lesiones, puesto que no en vano la jurisprudencia considera el tipo penal del artículo 153 CP<sup>91</sup> como un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión<sup>92</sup>.

Como pone de relieve BOLEA BARDÓN<sup>93</sup>, con esta reforma “se da el primer paso hacia un progresivo abandono de los fenómenos violentos exclusivamente domésticos, esto es, producidos en el marco de la convivencia actual y se amplía la protección también a las personas que fueran objeto de violencia por parte de su pareja o expareja. Ello implicaba otorgar al delito de violencia doméstica una naturaleza radicalmente distinta de la que había tenido hasta el momento. El ejercicio de violencia penalmente relevante a los efectos de ser castigado de forma independiente ya no era

---

<sup>91</sup> El referido artículo 153 CP se ubica sistemáticamente dentro del Título III (de las lesiones) del Libro II, ubicación que es criticada por algunos autores que entienden que debería haberse ubicado en el Título XII (delitos contra las relaciones familiares), dentro del Capítulo III (delitos contra los derechos y deberes familiares), en una Sección independiente (CUADRADO RUIZ, M.A y REQUEJO CONDE, C.: “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”, *La Ley*, nº 5072, 2000).

Si bien esta última propuesta no prosperó en atención a la especialidad del bien jurídico protegido por el referido tipo penal (LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al Texto y al Debate Parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, pp. 95 y ss.).

<sup>92</sup> SSTs 645/1999, de 29 de Abril; 834/200, de 19 de Mayo; 927/2000, de 24 de Junio; 1161/2000, de 26 de Junio; 1208/2000, de 7 de Julio; y 1366/2000, de 7 de Septiembre.

Esta última Sentencia del Tribunal Supremo, consideraba como principales reformas: a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, se amplía el tipo a aquellos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Tras la reforma el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella. b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedó reducida a la violencia física, y ahora se extiende también a la violencia psíquica. Y c) Se proporciona una definición legal de la habitualidad que se construye alrededor de cuatro notas: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, e independencia de que tales actos hayan sido o no enjuiciados anteriormente.

<sup>93</sup> BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites ...”, cit., p. 02:7.

sólo el que se producía en el contexto de una convivencia “anormal”, sino que también lo era el que se producía por razón de los vínculos afectivos presentes o pasados”<sup>94</sup>.

**B.2. La Ley orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.**

La LO 11/2003, de 29 de Septiembre, fruto del “II Plan integral contra la violencia doméstica” -aprobado por el Consejo de Ministros en Abril de 2001- modificó íntegramente el artículo 153 CP, trasladando su anterior contenido al artículo 173 CP<sup>95</sup>, cuya ubicación sistemática entre los delitos contra la integridad moral,

---

<sup>94</sup> De lo que se desprendía que el bien jurídico protegido en este delito parecía apuntar a la integridad moral o dignidad de determinadas personas próximas al autor, y no a la paz familiar o del hogar, dado que lo que se afectaba era algo ajeno a la lógica de la convivencia y sin embargo presente en las relaciones de afectividad.

<sup>95</sup> El art. 153 CP recoge una nueva figura en la que no se exige ningún tipo de habitualidad, y por su parte, las conductas de violencia doméstica habitual pasan a contemplarse como delito contra la integridad moral, pasan del art. 153 CP (ubicado entre las lesiones) al art. 173.2 CP (ubicado entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral), con lo que el legislador con dicho cambio de ubicación sistemática acoge la propuesta planteada por aquel sector de la doctrina que entendía que el bien jurídico protegido en esta materia era la integridad moral.

El artículo 173 CP establece:

“1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin

---

convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

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

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

resultaba más conforme con el bien jurídico que se trataba de proteger<sup>96</sup>, transformando en delito lo que anteriormente constituían meras faltas de los antiguos artículos 617 y 620 CP<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> La consideración como un delito contra la integridad moral era una de las opciones mantenidas por la doctrina (TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios...*, cit., pp. 105-106; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, cit., p. 133; OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, Barcelona, 2001, p. 42; CASTELLÓ NICAS, N.: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Coord. MORILLAS CUEVA, Madrid, 2002, pp. 63 y ss.).

Doctrina que también enunció como posibles objeto de tutela, la salud y/o el bienestar personal (GRACIA MARTÍN L.: *Comentarios...*, cit., pp. 423 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: “La Ley orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1992, p. 371; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 31; GARCÍA ALVÁREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 27 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, *El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1525-1526).

E igualmente la dignidad personal (CERVELLÓ DONDERRIS, V.: “El delito de...”, cit., p. 53; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª Edición., Madrid, 2001, pp. 115-116), la dignidad en el ámbito familiar (ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 133-134), o la incolumidad o indemnidad personal (GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dir. COBO DEL ROSAL, Madrid-Barcelona, 2000, p. 105).

La opción del legislador conforme pone de relieve DEL ROSAL BLASCO resolvió el problema de las relaciones entre la conducta del tipo del art. 153 CP y las faltas o delitos de lesiones al ser diferente la naturaleza del referido delito y su objeto de protección a la salud y/o bienestar personal de la víctima, por lo que las relaciones entre tales figuras delictivas se solucionan por medio del concurso de delitos, sin problemas de doble incriminación (DEL ROSAL BLASCO, B., “La regulación de ...”, cit., p. 341).

<sup>97</sup> El antiguo artículo 617 CP castigaba a: 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. 2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Y el antiguo artículo 620.1 CP castigaba a los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho



La LO 11/2003, de 29 de Septiembre, dio la siguiente redacción al artículo 153 CP (texto en vigor a partir de 1 de Octubre de 2003 hasta el 28 de Junio de 2005):

“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

El nuevo texto modificó el artículo 153 CP, convirtiendo en delito las antiguas faltas de lesiones y de malos tratos producidas en el ámbito doméstico, y ampliando los posibles sujetos pasivos a todos los sujetos del artículo 173.2 CP. No se exige habitualidad, por lo que cualquier agresión, incluso la primera, que se produzca en el seno del grupo familiar, física o psíquica, así como cualquier amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos podrá ahora integrar la figura del artículo 153 CP. Desaparecen las faltas de malos tratos de los artículos 617.2 y 620 del CP, que pasan a recogerse en el artículo 153 CP cuando la violencia se produzca en el seno familiar.

La ventaja de la inclusión de estos tipos penales en el artículo 153 CP se recogía en la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, al señalar que “las conductas que son consideradas en el Código Penal como faltas de lesiones, cuando se cometan en el

---

sea constitutivo de delito con la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días cuando se tratare de alguna de las personas del art. 153 CP.

ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617 CP<sup>98</sup>.

La conversión de la falta de lesiones o de maltrato de obra en delito cuando se produce en el ámbito doméstico se justificó en base al mayor desvalor que los actos de violencia representan en dicho ámbito debido a las especiales relaciones de confianza mutua existentes en el mismo, aunque en ocasiones puntuales, pudiera resultar cuestionable que un mero empujón o bofetón en el curso de una discusión pueda implicar una pena de prisión de hasta un año de duración, cuando esa misma acción fuera del contexto doméstico o asimilado era simplemente constitutiva de falta, situación que pudiera implicar una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas<sup>99</sup>.

Frente a la posición doctrinal que entendió adecuada la conversión en delito de estas conductas de violencia doméstica, argumentando que estas acciones aisladas constituían un indicio de que en el futuro el autor puede cometer posteriores actos de violencia, también surgieron voces críticas<sup>100</sup> que entendían que este planteamiento era

---

<sup>98</sup> El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de manifestarse a favor de la constitucionalidad de la elevación a delito de las faltas si son cometidas en el ámbito doméstico por Auto 233/2004, de 7 de Junio, por el que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Vicente del Raspeig, lo cual se trata, sin duda, de la cuestión más controvertida de esta reforma.

<sup>99</sup> El Tribunal Constitucional entendió justificada la introducción del nuevo art. 153 CP atendiendo a la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente anteriormente ante el fenómeno de la violencia doméstica, y, por tanto, en la insuficiente protección conferida a las víctimas, considerando que es discrecional la facultad del legislador de fijar la cuantía de las sanciones penales, aduciendo que sólo habría un exceso inconstitucional en caso de existir un patente derroche inútil de coacción que convirtiera a la norma en arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona.

<sup>100</sup> Como crítica a la referida elevación a la categoría de delito de la falta de lesiones y de la falta de malos tratos de obra se alegó que la equiparación punitiva de ambas faltas era discutible desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y rompía con la regla general establecida en el derogado art. 617 ap. 1 y 2 CP de diferenciar la gravedad y la respuesta punitiva de ambas faltas, aduciéndose que

idéntico al que inspiró la Ley de Vagos y Maleantes y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas de seguridad predelictuales privativas de libertad sobre la base, no del hecho cometido, sino de los que el autor podía llegar a cometer<sup>101</sup>.

La Ley orgánica 11/2003 supuso un incremento cualitativo de la protección penal de las víctimas de violencia doméstica, por los siguientes motivos<sup>102</sup>:

a) Se configuran como delito castigado con pena de prisión, lesiones que en principio serían constitutivas de falta por merecer únicamente primera asistencia, el maltrato sin lesión, y las amenazas con arma o instrumento peligroso a las personas especialmente protegidas del artículo 173.2 CP. Castigándose como delito conductas que cuando tengan por objeto sujetos ajenos al círculo de protegidos del artículo 173.2 CP serían inculminadas como meras faltas, y solamente las coacciones o vejaciones injustas leves y las amenazas del artículo 620 CP serían susceptibles de ser calificadas como faltas en tales supuestos<sup>103</sup>.

---

existía una diferencia valorativa entre ambas faltas en razón al bien jurídico afectado (la salud en el caso de las lesiones, y el bienestar personal en los malos tratos) que debía tener su reflejo en la pena a imponer.

También se afirmó que la elevación a delito de dichas faltas en atención al sujeto activo podía implicar una inadecuada valoración de la gravedad de la conducta desarrollada en el caso concreto, dado que en todo caso, no todo maltrato de obra o lesión es siempre manifestación del fenómeno de la violencia doméstica cuando se trata de un supuesto ocasional, por lo que podría resentirse el referido principio de proporcionalidad de las penas, por lo que se critica que el tipo debió ser objeto de mejor delimitación para no castigar conductas leves con tanta gravedad.

<sup>101</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la décima edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 20.

<sup>102</sup> ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: “Análisis de la...”, cit., p. 5.

<sup>103</sup> La configuración como delito de conductas que antes de la reforma sólo eran meras faltas de lesiones, de malos tratos o de amenazas, además del incremento punitivo que supone (prisión), implica la posibilidad de detención policial y de imposición de la medida cautelar de prisión provisional, medidas que no eran susceptibles de aplicación por meras faltas.

b) Se amplía el círculo de sujetos protegidos en el artículo 173.2 CP<sup>104</sup>, con la trascendencia que ello implica al ser este tipo penal de referencia para la aplicación de otros artículos (art. 544 ter LECRIM<sup>105</sup>, art. 57 CP<sup>106</sup>, art. 83 CP<sup>107</sup>).

c) Se modifica la regulación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP<sup>108</sup>, siendo agravatoria en delitos contra la integridad física, y se mantiene el castigo de la violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar respecto de las personas enunciadas en el artículo 173.2 CP.

### **B.3. La Ley orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.**

Con esta reforma se pretendía actualizar el Código Penal para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia. Afectó esencialmente al régimen de las penas y

---

<sup>104</sup> El artículo 173.2 CP señala entre los sujetos protegidos “quién sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que estén sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentra integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

<sup>105</sup> Vid., infra, pp. 74 y ss.

<sup>106</sup> Vid., nota 67.

<sup>107</sup> Vid., nota 70.

<sup>108</sup> El artículo 23 CP señala:

“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

a su aplicación, adaptando los tipos penales existentes e introduciendo nuevas figuras delictivas, si bien tal reforma no alcanzó al artículo 153 CP, objeto de análisis<sup>109</sup>.

Resulta interesante destacar que la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, se suprime la pena de arresto de fin de semana, se introduce la pena de localización permanente, se potencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento, de privación de acudir o residir en determinados lugares, y de no aproximación/comunicación con la víctima o personas designadas por el juez, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. También se mejoran técnicamente las penas para que sirvan con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos.

Se prevé igualmente que en caso de suspensión de la ejecución de la pena impuesta por delitos contra personas especialmente protegidas del artículo 173.2 CP<sup>110</sup>, esta suspensión se condicione obligatoriamente al cumplimiento de las obligaciones

---

<sup>109</sup> Desde el punto de vista procesal, mención especial debe realizarse a la introducción del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (por el que se enjuicia en no pocas ocasiones la comisión del delito del artículo 153 CP), regulado como novedad dentro del Título III, Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue introducido por la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, y la LO 8/2002 complementaria de la anterior, que también modificó el procedimiento para el enjuiciamiento de las antiguas faltas y el procedimiento abreviado. Dicha regulación fue también objeto de posterior modificación por la Ley 15/2003, de 25 de Noviembre, de modificación del Código Penal.

Este procedimiento consiste en que a partir de una previa actuación policial y la confección del oportuno Atestado, determinados delitos sean instruidos de forma rápida dentro del servicio de guardia de los Juzgados de Instrucción o por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a través de las Diligencias Urgentes, por lo que de tal forma se produce una respuesta penal inmediata en materia de violencia doméstica.

<sup>110</sup> Vid., nota 95.

accesorias de prohibición de acudir, aproximarse a la víctima o personas determinadas y de comunicar con estas, siendo facultativo en los demás delitos el condicionamiento de tal suspensión (artículo 83.1 CP<sup>111</sup>), determinando asimismo la revocación de los beneficios de suspensión concedidos la violación o incumplimiento de esa obligación de no acercamiento (artículo 86 CP<sup>112</sup>). Resulta preceptivo en casos de violencia doméstica

---

<sup>111</sup> Vid., nota 70.

<sup>112</sup> El artículo 86 CP establece:

“1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

la imposición de la pena de alejamiento a diferencia del régimen general aplicable a cualquier otro delito en el que tal pena tiene carácter facultativo. Ello determina que al ser tal pena de alejamiento de imposición obligatoria pueda verse abocada a un deliberado incumplimiento de la misma que implique un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP<sup>113</sup> en los supuestos en los que la propia víctima, no

---

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

<sup>113</sup> El artículo 468 CP señala:

“1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebranten una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.”

Por su parte, el artículo 48 CP establece:

“1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

obstante la separación forzosa e imperativa impuesta, consiente la reanudación de la convivencia conyugal, puesto que dicho alejamiento se adopta cualquiera que sea la situación del matrimonio o pareja conviviente, en los que la víctima ha podido perdonar a su agresor (aunque carezca de eficacia procesal, el perdón o la renuncia a las acciones penales al tratarse de un delito público perseguible de oficio)<sup>114</sup>.

#### **B.4. La Ley orgánica 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional.**

Esta ley, que entró en vigor el 28 de Octubre de 2003, supuso una profunda modificación de la normativa vigente en materia de prisión provisional, incorporando la jurisprudencia constitucional al respecto y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, dado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido imponiendo requisitos para que la institución de la prisión provisional sea respetuosa con el contenido esencial del derecho a la libertad (artículo 17 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), que se exigen cotidianamente por los

---

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

<sup>114</sup> Para resolver este problema, la Circular 1/2004 de la Fiscalía General del Estado llegó a señalar que en tales casos, el Fiscal habría de interesar el indulto de esta pena, así como la suspensión de la ejecución de la misma ex art. 4 CP en tanto ese indulto se tramita y con el fin de no hacer ineficaz su concesión ulterior.

En la praxis judicial ordinaria, en ocasiones, se consideró que debía imponerse la lógica y que ante la ausencia de dolo del sujeto beneficiado por un consentimiento de la víctima lo procedente sería no ejercer la acción penal a fin de no provocar efectos más destructivos en el ámbito familiar, y concretamente una separación forzosa e imperativa contraria a la voluntad de los beneficiarios de tal medida protectora. En otras ocasiones, se distinguía para formular acusación por el Ministerio Fiscal, si la medida de alejamiento quebrantada con el consentimiento inequívoco de la víctima, respondía a una medida cautelar o a una pena, acusándose únicamente en este último supuesto. Distinción que a día de hoy, ya no se produce, pues es práctica habitual que el Ministerio Público acuse en todo caso.



Tribunales de Justicia, y en algunos aspectos no encontraban su debido reflejo en la regulación legal.

Expresamente el artículo 503.1.3º.c) LECRIM<sup>115</sup> señala como uno de los fines que debe perseguir la prisión provisional la de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima<sup>116</sup>, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal (actualmente art. 173.2 CP conforme se establece por la LO 15/03, de 25-11<sup>117</sup>), y que en estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º del art. 503 LECRIM (no es preciso por tanto que el delito este sancionado con pena cuyo máximo se igual o superior a dos años de prisión o inferior si el imputado tuviere antecedentes penales derivados de condena por delito doloso).

---

<sup>115</sup> El artículo 503.1 LECRIM estipula:

“1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º (...)

2.º (...)

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. (...)

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. (...)

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado”.

<sup>116</sup> No especifica el precepto cuales son esos bienes jurídicos pero resulta evidente que será de aplicación cuando se trate de bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física o psíquica o la libertad.

<sup>117</sup> La regulación de la prisión provisional fue objeto de posterior reforma por la LO 15/2003, de 25-11, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal y por la LO 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

De ello se desprende que en los delitos de violencia doméstica se establece un régimen especial al establecer la posibilidad de acordar la prisión provisional cuando simplemente existan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quién se haya de adoptar la medida y se persiga el fin de evitar que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Dicha reforma tuvo en cuenta especialmente a las víctimas enunciadas en el artículo 173.2 CP, de forma que cuando se esté ante alguna de ellas ya no es necesario el requisito general de que el delito tenga señalada una pena igual o superior a dos años de prisión.

Resulta interesante destacar que el artículo 506.3 LECRIM<sup>118</sup> establece que los autos relativos a la situación personal del imputado<sup>119</sup> se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución que se recoge en el artículo 530 del citado Cuerpo Legal<sup>120</sup>, y

---

<sup>118</sup> El artículo 506 LECRIM señala:

“1. Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

2. Si la causa hubiere sido declarado secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado.

3. Los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución”.

<sup>119</sup> El término “imputado” será sustituido por el de “investigado o encausado” de acuerdo con lo establecido por la LO 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y por la Ley 41/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

<sup>120</sup> El artículo 530 LECRIM establece:

“El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta

la posibilidad de acordar la retención del pasaporte. Se da nueva redacción al último párrafo del artículo 544 bis LECRIM<sup>121</sup> y se establece que en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida de alejamiento acordada por el juez, éste convocará la Comparecencia de prisión (art. 505 LECRIM<sup>122</sup>) o de otra medida cautelar

---

obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”.

<sup>121</sup> El último párrafo del artículo 544 bis LECRIM señala:

“En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

<sup>122</sup> El artículo 505 LECRIM estipula:

“1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza.

En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.

4. El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.

que implique una mayor limitación de su libertad personal<sup>123</sup>, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudiera resultar<sup>124</sup>.

#### **B.5. La Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.**

Esta ley que nace ante el convencimiento de que la violencia ejercida en el entorno familiar y, en concreto, la violencia doméstica constituye un grave problema social<sup>125</sup> que exige una respuesta global y coordinada de los poderes públicos<sup>126</sup> al

---

5. Si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia.

6. Cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oír al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda”.

<sup>123</sup> Con la reforma introducida por la citada LO 15/2003, de 25-11, se prevé también la posibilidad de convocar la Comparecencia de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter LECRIM.

<sup>124</sup> El tenor literal del último párrafo del art. 544 bis LECRIM establece textualmente que “el juez convocará”, por lo que entiendo que no se trata de una facultad potestativa del juez (“podrá convocar”), por lo que en todo caso, ante el incumplimiento de una medida de alejamiento procede aplicar dicho precepto legal.

<sup>125</sup> La propia Exposición de Motivos de esta ley señalaba expresamente que la situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía.

<sup>126</sup> El Convenio de 26 de Septiembre de 2002 por el que se crea el Observatorio sobre violencia doméstica suscrito por el presidente del CGPJ, el ministro de Justicia y el ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del Instituto de la Mujer surge con la finalidad de dotar de mayor efectividad a las

trascender del ámbito meramente doméstico, surge con la finalidad de establecer una acción integral y coordinada que aúne las medidas cautelares penales sobre el agresor - orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos- con las medidas protectoras de índole civil y social, que eviten el desamparo de las víctimas, dando respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

La orden de protección se configura como un instrumento legal diseñado para proteger a la víctima de la violencia doméstica frente a todo tipo de agresiones, concentrando en una única resolución judicial (que adopta la forma de Auto), la adopción de medidas de naturaleza penal y civil<sup>127</sup>, activando con la misma los distintos mecanismos de protección social previstos en favor de la víctima por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. De lo que se desprende la existencia en la práctica de un sistema de coordinación de los distintos órganos

---

actuaciones que cada una de las instituciones realizaban por separado en materia de violencia contra la mujer.

La actividad de este Observatorio consiste entre otras funciones, en realizar un seguimiento de las Sentencias dictadas en esta materia, elaborar propuestas de actuación, realizar sugerencias legislativas en materia de violencia doméstica, y en la proposición de cursos de especialización del personal interviniente, con la finalidad de analizar la realidad social existente y de recabar información de los distintos órganos judiciales sobre las medidas adoptadas al efecto.

<sup>127</sup> Sobre esta materia vid., GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Bosch, Barcelona, 2010; RAMÓN RIBAS, E., ARROM LOSCOS, R. y NADAL GÓMEZ, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010; HERRERO TEJEDOR ALGAR, F.: “La orden de protección”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 363 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela...*, cit., pp. 165 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, pp. 337 y ss.

administrativos y judiciales que deben conocer de las distintas facetas de protección de la víctima.

La referida orden de protección que se introduce en el artículo 544 ter LECRIM unifica, por tanto, los distintos instrumentos de amparo de las víctimas de estos delitos, y por medio de un procedimiento rápido y sencillo tramitado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o en su caso, ante el Juzgado de Instrucción de guardia concede a la víctima en una única resolución judicial un estatuto integral de protección que concentra una acción cautelar de naturaleza penal y civil, sin necesidad de acudir a un proceso matrimonial civil. La adopción de tal orden de protección implica asimismo que las distintas administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social correspondientes.

Concretamente, el artículo 544 ter LECRIM establece:

“1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

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

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente.

En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

## *Evolución histórica.*

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.



10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

La Ley 27/2003 da carta de naturaleza al Registro Central para la protección de la víctimas de la violencia doméstica regulado por el Real Decreto 355/2004, de 5 de Marzo, al que tienen acceso inmediato todas las ordenes de protección y medidas cautelares de protección a las víctimas dictadas por los órganos judiciales y en el que se anotan todos los hechos relevantes a efectos de protección de las víctimas de estos delitos y faltas.

Por lo que dicho Registro se configura como un sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad impuestas en Sentencias y medidas cautelares y ordenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación. Siendo su finalidad, facilitar en el ámbito de todo el territorio nacional, a los Órganos Judiciales del orden penal, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial, y a los Órganos Judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, y a las Administraciones Públicas competentes, toda la información necesaria para la tramitación de las causas penales y civiles, además de para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de todas las medidas de protección de la víctimas de violencia doméstica (RD 513/2005, de 9 de Mayo, de modificación del RD 355/2004)<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Otros Registros existentes en esta materia no tenían la misma utilidad atendido el limitado ámbito de los mismos. Así la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/1998, al tiempo que creaba un servicio de violencia familiar en las Fiscalías, disponía la existencia de un Registro informático o manual al que debían acceder todos los datos relativos a la materia, con el fin de que pudieran ser consultados por los fiscales antes de adoptar las decisiones pertinentes, cuyo efecto era limitado al tener únicamente acceso al mismo dichos fiscales. Y de igual forma, tampoco el Registro de penados y rebeldes existente en el Ministerio de Justicia constituía un instrumento adecuado para cumplir una función informativa

**B.6. La Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.**

La propia Exposición de Motivos de esta ley<sup>129</sup> con la que se pretende proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres reconoce que la violencia de género<sup>130</sup> se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión, siendo definida por la organización de Naciones Unidas como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Incluso existe una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”.

La violencia de género se enfoca con esta ley de un modo integral y multidisciplinar, abarcando los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas. También integra la normativa civil que incide en 

---

centralizada, puesto que al mismo no tenían acceso las medias cautelares, y por tanto, las ordenes de protección.

<sup>129</sup> Sobre las modificaciones producidas en el ámbito penal como consecuencia de dicha ley, vid., LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4, 2006, pp. 335 y ss.

<sup>130</sup> Se ha puesto de relieve por la doctrina científica que la violencia en el ámbito familiar ha sido objeto de numerosas reformas en el Código Penal, en las que no se ha distinguido la violencia contra la mujer respecto a los demás miembros de la familia, siendo a partir de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, cuando por primera vez se distingue en el ámbito penal, la violencia de género de la violencia doméstica, introduciéndose una nueva orientación político criminal, al entender que son violencias que responden a causas y problemas distintos.

el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones junto con la respuesta punitiva de tales conductas<sup>131</sup>, estableciendo medidas de prevención, sensibilización y detección de los malos tratos con intervención en el ámbito educativo, publicitario y sanitario.

Recoge asimismo algunos derechos de las mujeres víctimas de la violencia, como por ejemplo el derecho a la asistencia gratuita. Se crea la Delegación especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer por Real Decreto 237/2005, de 4 de Marzo (con la finalidad de proponer la política criminal a seguir en relación con el problema de la violencia contra la mujer y coordinar las actuaciones que se realicen en esta materia) y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer por Real Decreto 253/2006, de 3 de Marzo (con funciones de asesoramiento, evaluación y colaboración institucional para la elaboración de informes y propuestas de actuación en materia de violencia de género), introduciendo medidas tendentes a la tutela judicial efectiva<sup>132</sup>.

Profundizando en la línea de reforma enunciada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, otorgó nueva redacción al artículo 153 CP<sup>133</sup>, entrando en vigor el 29 de Junio de 2005.

---

<sup>131</sup> La Exposición de Motivos de la citada LO 1/2004 establece textualmente que “en su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que 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. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad”.

<sup>132</sup> La Instrucción 10/2007, de 10 de Julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad aprobó el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la referida LO 1/2004. Estableciendo la comunicación de dicho riesgo a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal, y fijando unos parámetros en la confección del pertinente atestado y en la evaluación de la situación de riesgo de la víctima valorado por la policía.

<sup>133</sup> La redacción del apartado 1º del art. 153 CP fue posteriormente puntualizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, de modificación del Código Penal al suprimirse las faltas y al sustituirse la palabra “incapaz” por la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

El artículo 153 CP señala:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en 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 para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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 para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

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

Su intención es intensificar la presión punitiva sobre esta clase de conductas que paulatinamente han ido trascendiendo del ámbito doméstico para ser concebidas como un verdadero problema público, aunque realmente el artículo 153 CP tiene más bien

carácter simbólico si se atiende a que los moderados incrementos punitivos se encontrarían compensados por la cláusula facultativa de reducción de pena prevista en el apartado 4.

Dicho artículo se estructura en cuatro apartados, dos de los cuales, el segundo y el tercero, reproducen con alguna modificación el contenido anterior establecido por la LO 11/2003<sup>134</sup>.

El párrafo primero establece una agravación en atención del sujeto pasivo del delito (esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), elevando la pena de prisión e inhabilitación prevista en el supuesto genérico del párrafo segundo.

Como novedad principal respecto de la modificación operada en el Código Penal por LO 11/2003, de 29 de Septiembre, en lo que afecta al apartado primero del citado artículo 153 CP estriba fundamentalmente en que circunscribe el sujeto pasivo como exclusivamente del sexo femenino (esposa o mujer) con exclusión del varón, habiendo sido eliminada la exigencia de convivencia por los sujetos por la citada LO 11/2003.

---

<sup>134</sup> El artículo 153 CP en la redacción otorgada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, señalaba que:

“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

En el mismo apartado, en trámite parlamentario, se añadió en el grupo de posibles sujetos pasivos “a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con la finalidad explícita de eludir posibles cuestiones de inconstitucionalidad de la norma<sup>135</sup>. En este caso, la víctima no es preciso que sea mujer, debiendo ser, por una parte, especialmente vulnerable, con independencia de su edad y sexo -los ancianos, discapacitados, menores, enfermos, etc., que resultan merecedores de una especial protección-, y, por otra parte, convivir con el autor, lo que no se exige en los sujetos propios de la violencia de género. Por ello, en último término, con esta inclusión, junto a la mujer, de las personas vulnerables que convivan con el autor y con la ampliación del círculo familiar, la LO 1/2004, que en principio protegía a la mujer en exclusiva, dado que era lo que se pretendía con una ley de violencia de género, se ha convertido en materia penal en una nueva modificación de la violencia doméstica<sup>136</sup>.

La principal novedad de la LO 1/2004, y probablemente la más discutida, ha sido la mención de la mujer como sujeto pasivo específico necesitado de una mayor protección penal por encontrarse en una situación de más grave riesgo<sup>137</sup>, por lo que se da a estos delitos un tratamiento penal más severo, si bien esta protección penal reforzada se otorga también cuando la víctima de la violencia sea una persona especialmente vulnerable, pero sólo en la medida en que conviva con el autor, mientras que la protección especial se concede a la mujer, aún cuando la relación de afectividad

---

<sup>135</sup> La LO 1/2004 vuelve a reformar el art. 153 CP, dándole una redacción coherente con la presunción automática de vulnerabilidad de las mujeres que introduce también en el delito de lesiones del art. 148 CP, y es conocido que la inclusión de las víctimas especialmente vulnerables en la tramitación del Proyecto de Ley se produjo para intentar atajar las críticas existentes en esta materia, especialmente del CGPJ en su informe al Anteproyecto de 24-6-2004 que cuestionaba abiertamente la constitucionalidad de varios preceptos.

<sup>136</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género...*, cit., p. 59.

<sup>137</sup> Sobre esta materia vid., LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres”, *Un derecho penal comprometido, Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 607 y ss.

sea sin convivencia, por lo que existe en esta regulación una discriminación positiva a favor de la mujer y, aunque en forma más limitada, de la persona especialmente vulnerable <sup>138</sup>.

Dicha regulación suprime la configuración delictiva de la “amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos” en el ámbito doméstico, que ahora se recoge en el artículo 171.5 CP<sup>139</sup>, y se adapta la pena de privación del derecho de tenencia y porte

---

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Valencia, 2007, p. 188.

<sup>139</sup> El artículo 171 CP establece:

“1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

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

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de

de armas a la LO 15/2003, de 25 de Noviembre, adicionando al mínimo de pena la expresión “y un día”.

Por su parte, el párrafo cuarto recoge una atenuación opcional de la pena “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, tanto si el sujeto pasivo es mujer como si es hombre.

El artículo 153 CP mantiene no obstante el mismo alcance que tenía antes de la última reforma realizada por la LO 11/2003, bastando para la existencia del tipo penal, la comisión de un solo acto de menoscabo psíquico o lesión no definida como delito.

La conversión de conductas anteriormente constitutivas de faltas en delito del artículo 153 CP, llevó a algún sector doctrinal a entender que esa política legislativa suponía una invasión del Derecho penal en la intimidad familiar<sup>140</sup>, tipificando

---

armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

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

7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

<sup>140</sup> A tal efecto, vid., LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y derecho*, Coord. LAURENZO



conductas de escasa significación y de gran cotidianeidad<sup>141</sup> que puede considerarse que quiebra los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas que debe regir el Derecho penal, si bien se argumentó por otros autores, que tal conversión se justifica por el hecho de que cualquier agresión, por leve que sea, puede ser el anuncio o inicio de una cadena de agresiones mucho más graves, y tales conductas representan un toque de alarma que debe merecer una respuesta contundente por parte del Derecho penal.

En línea de lo expuesto se encuentra la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18-7<sup>142</sup>, que señala directrices para la aplicación de la LO 1/2004<sup>143</sup>, y el

---

COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329 y ss.; MAQUEDA ABREU M.L.: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007; MAQUEDA ABREU M.L.: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Género, violencia y derecho*, Coord. LAURENZO COPELLO/ MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 363 y ss.; MAQUEDA ABREU M.L.: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 176 y ss.

<sup>141</sup> Sobre dicho incremento punitivo, vid., PUENTE ALBA, L.M.: *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

<sup>142</sup> En las páginas 23 y siguientes de dicha Circular se analiza el nuevo artículo 153 CP señalando respecto del apartado primero del mencionado precepto que en relación con los sujetos activo y pasivo del tipo es preciso diferenciar 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” en que por los términos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia, mientras que cuando “el ofendido sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” sujeto activo y pasivo pueden serlo tanto el hombre como la mujer no estando este grupo de sujetos condicionado ni por razón del sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Entendiendo por convivencia tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos y relatando la doctrina del Tribunal Supremo encaminada a la interpretación del concepto de vulnerabilidad de la víctima al entender el fundamento de esta agravación en la reducción o

Informe del CGPJ al “Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer” de 24-6-2004 y el voto particular de diversos vocales del CGPJ, informe que resulta crítico con la regulación legal, como se analizará posteriormente, al entender que un mismo comportamiento objetivo era tipificado como delito/falta en función de ser el sujeto activo varón/mujer<sup>144</sup>, tratándose de un supuesto de discriminación negativa del varón<sup>145</sup>.

---

eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre), por tanto en el prevalimiento de la situación de superioridad.

Entiende dicha Circular que “la dicción literal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto, en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley, por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario si será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer” (p. 11), y que el mencionado artículo 1 “constituye un referente obligado en la interpretación de los preceptos de la LO 1/2004 con independencia de la ubicación sistemática que puedan tener aquellas de sus normas llamadas a incorporarse a otros cuerpos legislativos que son objeto de reforma” (p. 19), por lo que entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión, y las circunstancias descritas en dicho art. 1 (la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres) están implícitas en la violencia que el varón ejerce sobre la mujer, por lo que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán inhibirse de su conocimiento, si los hechos de forma notoria no constituyen expresión de violencia de género.

Recuerda la Circular que en el Proyecto de Ley que dio origen a la actual LO 1/2004 se eliminaron todas las referencias a la intención finalista del agresor que aparecían en la redacción original del Anteproyecto y que resultaron discutidas dada la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podría provocar la dificultad de probar ese elemento subjetivo intencional (p. 20).

<sup>143</sup> En la misma línea, vid., LAURENZO COPELLO, P.: “Criterios para la interpretación y aplicación de las figuras relativas a la violencia de género”, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, D.L, Madrid, 2009.

<sup>144</sup> Sobre esta materia, vid., LAURENZO COPELLO, P.: “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y derecho*, Coord. CERVILLA GARZÓN/FUENTES RODRÍGUEZ,

La Ley Orgánica 1/2004 desde el punto de vista del ámbito penal, no sólo introdujo modificaciones en el artículo 153 CP, sino también en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de sustitución de penas de prisión en los delitos de lesiones, amenazas, coacciones, quebrantamiento de condena, y en materia de vejaciones leves. Al mismo tiempo y para mejor protección de las víctimas

---

Cádiz, 2006, pp. 77 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., pp. 12:1 y ss.

<sup>145</sup> El citado Informe (páginas 27 y siguientes) no consideraba la mencionada ley integral como una ley de violencia de género, sino como una disposición normativa que protege a la mujer de la violencia doméstica y que intenta solucionar “áreas englobadas en lo que podría denominarse normativa de la vida doméstica o familiar, incidiendo en el progreso por la igualdad de la mujer, la protección de la infancia y en la tutela judicial frente a las agresiones criminales”, y “la circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas. Por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres, y no se encuentra una explicación razonable, al margen del dato puramente estadístico, para orientar la tutela penal y judicial, amén de otras medidas educativas y sociales, exclusivamente a la mujer en razón de su sexo”.

Señala dicho Informe que la relación de dominación que subyace en la Ley no es equivalente al binomio hombre/mujer y que es correcto que la norma reaccione frente a situaciones de dominación pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante (p. 16) y que la circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas dado que si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la Ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas, puesto que no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres (p. 17).

De igual forma considera dicho Informe que si lo que se hace es presumir que toda agresión contra una mujer viene presidida por esa presunción normativa de que se agrede con fines discriminatorios se estaría recreando un Derecho penal de autor afortunadamente superado (p. 29), presumiéndose ex lege que la mujer se encuentra en todo caso de lesión en situación de inferioridad, entendiéndose que ni desde el punto de vista de injusto ni de la culpabilidad tiene fundamento el tipo agravado de lesiones (p. 47).

se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer<sup>146</sup> como órgano jurisdiccional especializado (con las competencias penales previstas en el art. 87 ter LOPJ y art. 14 LECRIM), y de la Fiscalía especial de violencia sobre la mujer.

Esta Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género fue aprobada por unanimidad por el Parlamento Español y se ha afirmado que supuso una propuesta innovadora y firme para erradicar una de las manifestaciones más brutales de la violencia contra las mujeres<sup>147</sup>. Su conformidad con la Constitución fue avalada por la STC 59/2008, de 14 de Mayo, dictada al resolver la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939-2005 planteada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia en relación con el artículo 153.1 CP, viniendo a poner fin a la polémica judicial existente sobre su posible inconstitucionalidad.

---

<sup>146</sup> Sobre la importancia de la creación de estos órganos judiciales, vid., LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: “Necesidad de una justicia especializada en violencia de género: especial referencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho UNED*, nº 4, 2009, pp. 297 y ss.

<sup>147</sup> En la legislación autonómica dentro de sus competencias también se han redactado leyes integrales para luchar contra la violencia de género, como la Ley 5/2001, de 17 de Mayo, de prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas de Castilla-La Mancha; la Ley Foral 22/2002, de 2 de Julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista; la Ley 16/2003, de 8 de Abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género de Canarias; la Ley 9/2003, de 2 de Abril, de la Generalitat Valenciana para la igualdad entre hombres y mujeres, y la Ley de violencia de género de la Comunidad Valenciana de 24 de Noviembre de 2012; la Ley 1/2003, de 3 de Marzo, de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de Castilla y León; la Ley 1/2004, de 1 de Abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas de Cantabria; la Ley 4/2005, de 18 de Febrero, para la igualdad de mujeres y hombres; la Ley 5/2005, de 20 de Diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid; la Ley 11/2007, de 27 de Julio, de Galicia sobre las normas reguladoras de prevención y el tratamiento integral de la violencia de género; la Ley 7/2007, de 4 de Abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la región de Murcia; y la Ley 13/2007, de 26 de Noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de Andalucía.

Tampoco las últimas reformas en la materia como señala BOLEA BARDÓN han estado exentas de críticas<sup>148</sup>, al considerarse entre otras cuestiones: a) que se están tratando del mismo modo, fenómenos diferentes (violencia de género, doméstica y asistencial), b) que la conversión en delito del art. 153 CP, de conductas que en sí eran faltas implica la agravación de la respuesta punitiva por la peligrosidad criminal, c) que no existe un interés diferenciado que legitime las principales medidas jurídico-penales adoptadas por la Ley Integral, por cuanto 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 d) que con la referida Ley Integral se introduce una medida de discriminación positiva en un ámbito en el que no hay desigualdad de partida, esto es, en la legislación penal.

Por ello, y como pone de manifiesto TAMARIT SUMALLA<sup>149</sup>, resulta evidente que las distintas versiones de los delitos de violencia doméstica referidos han implicado un incremento punitivo y una ampliación de los presupuestos de intervención penal, que no han servido para reducir la lacra de la violencia doméstica. La mayor intervención del Derecho penal, que también se manifiesta en el ámbito procesal, con reformas como las relatadas de la prisión provisional, los juicios rápidos o la orden de protección, suponen un ejemplo de legislación simbólica o de penetración de lo punitivo en el ámbito de las relaciones interpersonales<sup>150</sup> que puede acarrear costes personales y sociales indeseables, siendo uno de los sectores de la criminalidad en los que tiene

---

<sup>148</sup> BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites ...”, cit., p. 02:24. A tal efecto, vid., LAURENZO COPELLO, P.: *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, Serta: in memoriam Alexandri Baratta, Coord. PÉREZ ÁLVAREZ, 2004, pp. 827 y ss.

<sup>149</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson, 6ª Edición, p. 949.

<sup>150</sup> Sobre la existencia de dicha legislación simbólica, vid., LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 9, 2007, pp. 31 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género...”, cit., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, Tomo 2, pp. 2093 y ss.

escaso desarrollo, en comparación con otros países, la cultura de la mediación<sup>151</sup> y de las formas de justicia reparadora.

Ello, no obstante, la especial sensibilización social actualmente existente en materia de violencia de género y la importancia que el legislador ordinario atribuye a esta materia<sup>152</sup> sigue constatándose en el último Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2012, donde se introducen nuevas figuras delictivas, especialmente relevantes en materia de violencia sobre la mujer, como la tipificación del matrimonio forzado como delito agravado de coacciones, o el castigo de los actos reiterados de acecho u hostigamiento, como consecuencia de llamadas telefónicas continuas mediante la creación de un nuevo tipo penal de acoso, para evitar que en muchas ocasiones no pueden ser tipificadas como delitos de coacciones o amenazas porque no se produce violencia, o la configuración como delito, la acción de inutilización de dispositivos electrónicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas.

#### **B.7. La Ley orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.**

En esta línea, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo -que entró en vigor el 1 de Julio de 2015- incorpora el género como motivo de discriminación<sup>153</sup> en la agravante

---

<sup>151</sup> Sobre la importancia de la mediación, vid., CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación, La Ley-Actualidad*, Madrid, 2011; FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLE RAMÓN, A.M.: *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: Un enfoque actual práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

<sup>152</sup> La violencia contra las mujeres es considerada incluso como una violación de los derechos humanos, a tal efecto, vid., MERINO SANCHO, V.: “La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos: la labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 22, 2008, pp. 6 y ss.

<sup>153</sup> Según afirma el Proyecto de Ley Orgánica de 2 de Febrero de 2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, la razón de dicha incorporación es que el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia sexo.

4ª del artículo 22 CP<sup>154</sup>, tipifica el matrimonio forzado en los artículos 172 bis CP<sup>155</sup> y 177 bis .1 y .4 CP<sup>156</sup>, el acoso en el artículo 172 ter. CP<sup>157</sup>, y la inutilización o

---

Entendido el género como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de Abril de 2011.

<sup>154</sup> El artículo 22.4ª CP señala:

“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”.

<sup>155</sup> El artículo 172 bis CP establece:

“1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

<sup>156</sup> El artículo 177 bis .1 y .4 CP afirma:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

perturbación del funcionamiento normal de dispositivos técnicos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o cautelares en el artículo 468.3 CP<sup>158</sup>, y

---

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior”.

<sup>157</sup> El artículo 172 ter. CP señala:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.<sup>a</sup> La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.<sup>a</sup> Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.<sup>a</sup> Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.<sup>a</sup> Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

<sup>158</sup> Vid., nota 113.



adapta la redacción del artículo 153.1 CP a la supresión efectuada por dicha reforma de las faltas, sustituyendo la palabra “incapaz” del anterior apartado por la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, por lo que se refuerza la protección especial que dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delitos.

Así el vigente artículo 153.1 CP señala:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.



### **CAPÍTULO III.**

#### **DERECHO COMPARADO.**

El fenómeno de la violencia sobre la mujer no se circunscribe a España, sino que es un problema a escala mundial, llegando a afirmarse que este tipo de violencia es una “epidemia internacional”<sup>159</sup> que afecta a buena parte de las mujeres del planeta, por lo que no conoce de fronteras geográficas, no tiene límite de edad, no es particular de ninguna raza, cultura, religión, ni de un tipo de familia u estrato social.

Como señala MONTALBÁN HUERTAS<sup>160</sup>, la violencia contra las mujeres es una realidad en todos los países del mundo y un grave problema para los Estados, porque atenta contra los derechos humanos y obstaculiza el libre desarrollo de los pueblos<sup>161</sup>. Y conforme relata CUELLO CONTRERAS<sup>162</sup>, no se trata de una nueva forma de criminalidad, sino que la novedad radica en el surgimiento de una especial sensibilidad social<sup>163</sup> hacia esta forma de violencia que desde siempre ha estado

---

<sup>159</sup> BERBELL, C.: “La violencia doméstica en el mundo”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 2, 2005, pp. 241 y ss.

<sup>160</sup> MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género...*, cit., p. 33.

<sup>161</sup> Se afirma que la violencia de género se mantiene, entre otros motivos, por la pervivencia estructural en las distintas sociedades, de los valores patriarcales, que alimentan unos estereotipos diferenciados en función del sexo, y sitúan a las mujeres en una posición de subordinación, que dicha violencia tiene diversas manifestaciones, y una de ellas es la violencia doméstica, que se basa en relaciones sociales de dominación y sumisión.

<sup>162</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: “El delito de violencia...”, cit., pp. 9 y ss.

<sup>163</sup> Sensibilidad que ha supuesto una evolución legislativa en la materia, a tal efecto, vid., MARTÍNEZ LEÓN, M., TORRES MARTÍN, H., MARTÍNEZ LEÓN, C., QUEIPO BURÓN, D., y DE LA FUENTE SANZ, M.: “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2010, pp. 15 y ss.

presente en la práctica totalidad de los países, como un mal endémico que no distingue nacionalidades.

La respuesta jurídica a dicha problemática ha sido diversa en cada país aunque puede constatarse una concienciación común en el ámbito internacional, y particularmente, en el europeo, siendo abordado por todos los organismos internacionales (Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o el Parlamento Europeo) por su naturaleza de fenómeno social generalizado y sin fronteras.

En esta línea, ya en el año 2000, UNICEF<sup>164</sup> ponía de relieve que cuarenta y cuatro países habían convertido la violencia doméstica contra las mujeres en delito (entre ellos Canadá, Australia y Chipre, con leyes equivalentes a las de Austria y España<sup>165</sup>).

Algunos países del continente americano, llegaron a promulgar leyes de protección a la mujer y contra la violencia doméstica, como Puerto Rico (1989), Bolivia (1995), Colombia (1996), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Guatemala (1996),

---

<sup>164</sup> Por medio de un Informe titulado “Violencia doméstica contra mujeres y niñas”.

<sup>165</sup> En España, como se refleja en la STS de 26 de Diciembre de 2002, la violencia doméstica se configura como una situación de dominación, o intento de dominación sobre la mujer, partiendo de la premisa de que este tipo de violencia tiene como fin controlar a la mujer y mantenerla en una posición de subordinación.

En esta línea, la Sentencia de 26 de Noviembre de 1999 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla, nº 568/99, recoge literalmente que “se trata de una violencia llevada a cabo por el hombre contra la mujer para perpetuar una serie de roles y estereotipos creados por el primero y asignados al segundo con el fin de continuar en la situación de desigualdad, inferioridad y sumisión que tiene la mujer en nuestra sociedad; se trata de una agresión contra las mujeres que no siguen las normas o esquemas del género, aquellas que no se mantienen sumisas y dóciles ante el hombre, los mandatos culturales, y a menudo también los legales, sobre los derechos y privilegios del papel del marido que han legitimado históricamente un poder y dominación de este sobre la mujer (extensible a cualquier miembro de la familia), promoviendo su dependencia económica de él y garantizándole a este, el uso de la violencia y de las amenazas para controlarla; la conducta violenta frente a la mujer se produce como patrones de conducta aprendidos y mantenidos de generación a generación, normalmente en los ambientes habituales de relación”.

México (1996), Honduras (1997), Venezuela (1998), Canadá (1999), Antigua y Barbados (1999), Paraguay (2000), Estados Unidos (2000) y Uruguay (2002).

Otras Naciones como Argentina, Chile o Nicaragua, aunque inicialmente no introdujeron una ley específica contra la violencia doméstica, si realizaron cambios en su legislación penal para castigar dicha violencia.

También se han realizado campañas de sensibilización social de dicha problemática en numerosos países con la finalidad de luchar contra tal lacra<sup>166</sup>.

En Europa, la violencia sobre la mujer es también objeto de indudable preocupación pública, dado que según las estadísticas<sup>167</sup> una de cada cinco mujeres

---

<sup>166</sup> El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer para Hispanoamérica y el Caribe, introdujo en Chile, en 1998, diversos anuncios publicitarios para la eliminación de la violencia en las relaciones de pareja. Realizándose campañas similares en países tan dispares como Nicaragua, Reino Unido, EEUU, India, Japón, Taiwán, Nueva Zelanda, Islas Seychelles, Sudáfrica, Australia, etc.

El Parlamento Europeo en 1997 lanzó la campaña “Tolerancia Cero” para luchar contra la violencia contra las mujeres, y existieron programas específicos para la concienciación de los europeos como “Daphne” y “Stop a la violencia”.

<sup>167</sup> Publica el periódico El País, en su edición digital de fecha 8/4/2014, que según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, en la presentación ante el Parlamento Europeo en el año 2014, de su estudio “Violence against women: an EU-wide survey”, se refleja que una de cada tres mujeres europeas ha experimentado violencia física y/o sexual, y algo más de una de cada cinco (22%) ha sufrido violencia machista por parte de su pareja o expareja.

Los datos de dicho estudio, que recoge datos comparables sobre la violencia contra la mujer en todos los países de la UE, y es resultado de una macroencuesta con 42.000 mujeres europeas (1.500 por país de la UE) de edades comprendidas entre 18 y 74 años, escogidas según un muestro aleatorio, son en todo caso demoledores, al afirmarse que el 43% de las mujeres entrevistadas relató algún tipo de violencia psicológica por parte de su pareja actual o anterior (humillaciones en público, amenazas físicas, prohibición de salir de casa, etc.).

En el referido estudio se constata llamativas diferencias por países, dado que en países teóricamente más igualitarios (como los países escandinavos) salen a relucir más agresiones contra las mujeres por parte de sus compañeros sentimentales que en los países del sur y del este de Europa (como España, Portugal, Grecia o Polonia), extrayéndose la conclusión por sus autores, que no es que exista más

europeas ha sido víctima de violencia de su pareja o ex pareja, y la mayoría de dichos actos ocurrieron en el hogar familiar, existiendo en los distintos países de la Unión Europea, diversas opciones legislativas para erradicar, prevenir y sancionar esta violencia.

Algunas legislaciones nacionales partieron de la idea de que la legislación penal no era suficiente para erradicar la violencia en el seno de la familia, por lo que se entendía necesario un marco jurídico distinto en el que la mujer maltratada debía ser protegida, y sus agresores debían sufrir las medidas de prevención y coerción, como la expulsión del domicilio familiar. Adoptándose al efecto, leyes civiles de prevención de la violencia doméstica (sin perjuicio de las pertinentes medidas penales), en países como Austria, Alemania, Irlanda y Reino Unido.

Para luchar contra la violencia doméstica, en Austria se aprobó en 1997 una Ley de protección contra la violencia en el seno de la familia<sup>168</sup>, estableciendo determinadas medidas como la orden de protección para la víctima, la prohibición del acceso al hogar conyugal del agresor<sup>169</sup>, la atribución de la custodia de los hijos a la víctima, y la consideración de la violencia doméstica como motivo de divorcio, de detención y prisión, con la previsión de asistencia jurídica gratuita a la víctima a través de un comité asesor de prevención.

---

violencia en un país que en otro, sino que cuanto más igualitario es un país, a las mujeres les resulta más fácil hablar de ello.

<sup>168</sup> Dicha ley supuso una intervención integral en materia de violencia contra la mujer, ya que modificó el Código Civil, el Código Penal y las Leyes procesales. Coexistiendo las medidas civiles con las medidas penales previstas en el Código Penal para la sanción de los hechos delictivos.

<sup>169</sup> Desde la entrada en vigor de esta ley (a principios de Mayo de 1997) hasta Diciembre de 2001, al amparo de la misma se obligó a abandonar el domicilio común a 13.835 agresores.

Otros países, como Francia<sup>170</sup>, reformaron el Código Civil para proteger a las víctimas, permitiendo el desahucio del esposo agresor del hogar conyugal.

Alemania<sup>171</sup> aprobó en 2001 una Ley de protección contra la violencia doméstica, que implicó la existencia de una orden de protección, que faculta al juez para prohibir a los agresores que se acercaran a sus mujeres o que las llamen por teléfono o por otro medio.

En la misma fecha, Italia aprobó la Ley contra la violencia en las relaciones familiares, autorizando al juez para imponer al agresor el pago de un subsidio a las víctimas carentes de recursos.

Otros países europeos aprobaron leyes en el mismo sentido, como Irlanda (1996)<sup>172</sup>, Reino Unido (1996), Bélgica (1997), y Luxemburgo (2003), aunque no con el alcance de las de Austria y España.

Veamos, por tanto, el tratamiento de la violencia sobre la mujer en el ámbito internacional<sup>173</sup>, con especial referencia a su tratamiento en el ámbito comunitario y a la regulación de esta materia en algunos países de nuestro entorno.

---

<sup>170</sup> El Código Penal Francés, vigente desde el 1 de Marzo de 1994, configuró como delito, la violencia cometida en una persona adulta cuya vulnerabilidad se debe a un estado de embarazo, o se ha perpetrado por el cónyuge o mancebo de la víctima.

<sup>171</sup> Este país europeo dispuso de una Ley civil de prevención de la violencia doméstica que contenía medidas muy semejantes a las previstas en la Ley Austriaca.

<sup>172</sup> En este país corresponde al Juez, decidir sobre la orden de expulsión del domicilio del agresor (cuyo incumplimiento se considera delito), y sobre la utilización del domicilio, custodia de hijos y duración de las medidas. Y al igual que ocurre en Austria, las víctimas pueden decidir si quieren permanecer en el domicilio o ingresar en una casa de acogida.

<sup>173</sup> Sobre las distintas actuaciones producidas en el ámbito internacional, desde un punto de vista cronológico, vid., ZURITA BAYONA, J.: “La lucha contra la violencia de género”, *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, nº 9, 2013, pp. 63 y ss.

## **A) La violencia de género en el ámbito internacional.**

La violencia sobre la mujer al ser un fenómeno que se produce en los cinco continentes, en todas las culturas y con notoria trascendencia social ha supuesto la existencia en los últimos tiempos, de una importante actividad normativa<sup>174</sup> tendente a su erradicación, especialmente en el ámbito europeo.

### **A.1. Consideraciones generales.**

La importancia del papel de la mujer y la conciencia de la necesidad de acabar con la situación de discriminación padecida por la misma, largo tiempo tolerada en el pasado, se puso de relieve a finales de los años setenta, en la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se aprobó **la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de Diciembre de 1979**<sup>175</sup> (ratificada

---

<sup>174</sup> Sobre los distintos textos legales dictados al efecto, vid., CHICANO JÁVEGA, E., SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, C., y otros: *Legislación sobre violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2007.

<sup>175</sup> Con anterioridad a esta fecha se había aprobado la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 7 de Noviembre de 1967, y celebrado la Primera Conferencia Mundial sobre la mujer en México, en 1976. A la que siguieron la Segunda Conferencia Mundial sobre la mujer en Copenhague, en 1980, y la Tercera Conferencia Mundial sobre la mujer en Nairobi, en 1985. Revisándose en esta última los logros de Naciones Unidas.

También procede destacar, a parte de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer de 1952 y el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966 que prohíbe la discriminación por razón de género, el Plan de Acción Mundial para la promoción de la mujer adoptado en la Conferencia Mundial del Año Internacional de la mujer de 1975, cuyas carencias fueron posteriormente subsanadas por la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la mujer de 1980, donde se aprobó una resolución sobre la violencia en el hogar, en la que se solicitaban programas para eliminar la violencia contra las mujeres y para protegerlas contra el abuso físico y mental.

En estas fechas fueron cuando se crearon los primeros albergues para mujeres maltratadas en países como Alemania (1976), Noruega (1978), Islandia (1982) o España (1984). Y se aprobó el primer proyecto de intervención contra la violencia doméstica en 1980, en Duluth, Minnesota (California) para mejorar la protección de las mujeres sometidas a este tipo de violencia y el enjuiciamiento de sus agresores.



por España en 1983). En ella se enuncian los principios aceptados internacionalmente sobre los derechos de la mujer, prohibiendo todas las formas de discriminación contra la misma. Al amparo del artículo 17 de dicha Convención se crea el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer como mecanismo para supervisar la aplicación del Convenio por los Estados que se adhirieron al mismo<sup>176</sup>.

El Preámbulo de dicho texto internacional reconoce que es en la familia donde están más enraizadas las prácticas discriminatorias contra la mujer, por lo que se entiende necesario modificar el papel tradicional del hombre y de la mujer en dicho ámbito.

Y su artículo 5 señala que los Estados parte asumen la obligación de adoptar las medidas precisas en orden a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, en aras de lograr la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que tomen como fundamento la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

El Protocolo Facultativo de la Convención (aprobado en 1999 y ratificado por España en 2001), reconoció el derecho de las mujeres a solicitar por sí, individual o colectivamente, la reparación de la violación de sus derechos, incluyendo la violencia de género. Y su artículo 2 atribuyó legitimación para presentar demandas ante el Comité de la Convención a “las personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte de cualquiera de los derechos encunados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas”, una vez agotadas las posibilidades de protección ante las jurisdicciones estatales.

---

<sup>176</sup> Corresponde al Comité examinar los informes presentados por los Estados miembros sobre esta materia, formular propuestas y recomendaciones, recibir información de organizaciones no gubernamentales, invitar a organismos especializados de las Naciones Unidas a que envíen informes para su estudio, y realizar un informe anual de sus actividades que remite a la Asamblea General.

En la década de los noventa, conforme afirma MAGARIÑOS YÁÑEZ<sup>177</sup>, se produjeron importantes declaraciones y plataformas de acción internacional en el tema de la violencia contra la mujer<sup>178</sup>, destacando, especialmente, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres de 1993, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994.

Textos que se aprobaron para garantizar el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

Veamos a continuación, tales declaraciones internacionales:

**- La Conferencia Mundial sobre los derechos humanos celebrada los días 14 a 25 de Junio de 1993**<sup>179</sup> (Declaración y Programa de acción de Viena), se dirige según

---

<sup>177</sup> MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la violencia de género (Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. Enfoque multidisciplinar del problema)*, Montecorvo, Madrid, 2007, pp. 42 y ss.

<sup>178</sup> En esta época se podría reseñar la Resolución del Consejo económico y social de la Organización de las Naciones Unidas 1990/1 en la que se exhorta a los gobiernos a tomar medidas inmediatas para establecer las sanciones apropiadas para la violencia contra la mujer en la familia, el lugar de trabajo y la sociedad, y a reducir sus consecuencias; la Recomendación General del Comité para la eliminación de la discriminación para la mujer nº 19 de 1992 de Naciones Unidas que definió la violencia de género como “la violencia dirigida contra la mujer por el hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada”; la Resolución WHA49-25 de la 49 Asamblea Mundial de la Salud sobre prevención de la violencia de 25 de Mayo de 1996; la Resolución del Consejo económico y social de la Organización de las Naciones Unidas 1996/12 sobre eliminación de la violencia contra la mujer de 23 de Julio de 1996; las Resoluciones de la Comisión de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer 1997/44 (de 11 de Abril de 1997), 1998/52 (de 17 de Abril de 1998), 1999/42 (de 26 de Abril de 1999), 2000/45 (de 20 de Abril de 2000), 2001/49 (de 24 de Abril de 2001), 2002/52 (de 23 de Abril de 2002); y el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 10 de Diciembre de 1999.

<sup>179</sup> Como pone de relieve MACHADO RUIZ con esta Conferencia Mundial se logra el reconocimiento del carácter universal y sistemático de esta violencia contra las mujeres como una violación fundamental de sus derechos humanos (MACHADO RUIZ, M.D.: “La perspectiva de género en

su artículo 38, entre otros extremos, a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, y a erradicar los conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso.

Dicha Conferencia interesó a la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobara el Proyecto de Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, e instó a los Estados a que combatieran la violencia contra la mujer de conformidad con las disposiciones de dicha Declaración.

**- La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de Diciembre de 1993**, en la que la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 48/104 señaló expresamente que la violencia contra la mujer constituye: 1) un obstáculo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz; 2) una violación de los derechos humanos<sup>180</sup> y las libertades fundamentales<sup>181</sup>; 3) una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer; y 4) uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

---

Derecho Comparado”, *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Coord. LAURENZO COPELLO, Dykinson, Madrid, 2010, p. 43).

<sup>180</sup> Sobre esta materia, vid., MERINO SANCHO, V.: *Mecanismos internacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos de las Mujeres. Especial referencia a la violencia contra las mujeres*, Colección “La llave”, nº 7, Madrid, 2012.

<sup>181</sup> Se parte de la idea de que los derechos de las mujeres forman parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales, que la igual participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la erradicación de todas las formas de discriminación contra la misma es uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional, que la violencia de género es incompatible con la dignidad de la persona y debe ser eliminada, y con esta finalidad deben adoptarse medidas legales, y que dicha violencia debe eliminarse de la vida pública y privada.

En ella se afirma, asimismo, que las oportunidades de las que dispone la mujer para conseguir su igualdad jurídica, social, política y económica se ven limitadas por una violencia continua y endémica.

Define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”.

Se parte de un concepto amplio de la violencia contra la mujer que abarca la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales lesivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación. Al mismo tiempo insta a los Estados miembros al uso de sanciones civiles y penales para combatir este tipo de violencia<sup>182</sup>.

- **La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994, Convención de Belém do Pará**, denominada de esta última forma por el lugar de su celebración, y aprobada por la Organización de Estados Americanos, el día 6 de Septiembre de 1994. En ella se afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades

---

<sup>182</sup> En la referida Declaración se formulan una serie de recomendaciones a los Estados parte con el fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer. Y se insta el establecimiento de sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infringidos a las mujeres, el acceso a las mismas a la tutela judicial efectiva y el derecho a un resarcimiento justo y eficaz por el daño causado.

Se recoge también la necesidad de informar a las víctimas de sus derechos, de elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia, de establecer medidas de carácter preventivo, jurídicas, políticas, administrativas y culturales contra dicha violencia, de garantizar asistencia especializada a las mujeres víctimas de malos tratos, de formación específica a las fuerzas de seguridad en esta materia, y de adopción de medidas educativas, de prevención, educación e investigación.

fundamentales, que limita total o parcialmente a la mujer, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”, y que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión.

Entiende que la eliminación de este tipo de violencia es condición indispensable para el desarrollo individual y social de la mujer, y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

El artículo 2 de la Convención define la violencia sobre la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, e incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

También se señala en dicha Convención un listado de deberes para los Estados miembros en orden a la consecución del derecho de las mujeres de vivir sin violencia, lo que ha llevado a distintos países iberoamericanos a aprobar leyes internas que asumen las ideas de dicho texto<sup>183</sup>.

- **La Conferencia Internacional sobre población y desarrollo de 1994** (Programa de acción del Cairo), en cuyo Plan de acción se establecen medidas para

---

<sup>183</sup> Estos países en ocasiones enfocan el fenómeno de la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja como síntoma de un conflicto familiar donde el agresor es una persona inmersa en dicho conflicto, y en otras, mezclan dicho modelo con la consideración de la violencia doméstica como delito.

enfrentar la violencia contra las mujeres tendentes a promover los derechos de la mujer y a eliminar la violencia de todo tipo contra la misma.

Se afirma que los derechos humanos de la mujer son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales, y que la erradicación de todas las formas de discriminación por motivos de sexo son objetivos prioritarios de la Comunidad Internacional<sup>184</sup>.

- **La Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer celebrada en Beijing (Pekín -China-) en Septiembre de 1995** (Declaración y Plataforma de acción de Beijing), trató especialmente, el tema de la violencia contra la mujer en el marco de la violencia doméstica, y recogió de forma expresa que la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola, menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Se señala que la violencia contra las mujeres se refiere a todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real, un daño de violencia física, sexual o psicológica, ya se produzcan en la vida pública o privada.

Y fija diversos objetivos estratégicos para conseguir la erradicación de este tipo de violencia<sup>185</sup>.

Los logros y fracasos de esta Conferencia fueron posteriormente analizados en la **Conferencia Beijing + 5 Mujer 2000: “Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el Siglo XXI”** (celebrada en Junio de 2000 en la sede de Naciones Unidas), donde,

---

<sup>184</sup> El Programa de acción de la Cumbre Mundial para el desarrollo social celebrada posteriormente en Copenhague en 1995 también contiene una condena expresa de la violencia sobre la mujer, y se centra en la violencia en el hogar, contra el niño y la violación.

<sup>185</sup> En esta Conferencia se partió del reconocimiento de los malos tratos que padecen las mujeres en todas las sociedades en el seno de la familia, sin distinción de nivel de ingresos ni de clases sociales.

Se fijaron unos objetivos estratégicos de prevención y eliminación de esta violencia como serían, entre otros, la adopción de medidas en orden a la prevención, la investigación y represión de los actos de violencia contra la mujer, el establecimiento de planes de acción para la erradicación de dicha violencia, de medidas educativas y de eliminación de prejuicios, y la creación de organismos institucionales o el reforzamiento de los existentes con el fin de facilitar la denuncia y represión de la violencia machista.

no obstante los avances producidos, se puso de relieve que muchos países mantenían leyes que perpetuaban la discriminación y la violencia contra la mujer.

Al catálogo de objetivos de dicha Conferencia, se añadió la violencia basada en el sexo y el género. Se instó a los Estados a solucionar a través de la legislación y de otras políticas públicas dicha violencia, y a tratar todas las formas de violencia contra las mujeres como delito.

Sin perjuicio de la importancia de la promulgación de las referidas Conferencias internacionales, las posteriores revisiones en el tiempo de las mismas, conocidas como **Cairo + 5, Cairo + 10, y Beijing + 10**<sup>186</sup> (esta última celebrada en Nueva York en 2005), pusieron de relieve la conveniencia de generalizar la aprobación de normas que persigan la igualdad de géneros y el establecimiento de mecanismos adecuados para conseguir el efectivo cumplimiento de tales normas.

La importancia relatada que se atribuye por Naciones Unidas a la lucha contra la violencia sobre la mujer se materializa en la práctica en multitud de referencias realizadas por dicha Organización en torno a considerar imperativo su erradicación en todas sus manifestaciones. Llegando a declarar **2003, Año internacional de la mujer.**

Uno de esas referencias sería la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/44 dictada en el seno de Naciones Unidas, el 11 de Abril de 1997, para la eliminación de la violencia contra la mujer, que condena todos los actos de violencia sexista contra la mujer, exige que se elimine la violencia sexista en la familia y en la comunidad, pone de manifiesto el deber de los gobiernos de actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada.

---

<sup>186</sup> Los Estados miembros de la Unión Europea firmaron la Declaración y la Plataforma de acción aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer de 1995. Y como consecuencia de ello, el Parlamento Europeo dictó las Resoluciones de 18 de Mayo de 2000 y de 10 de Marzo de 2005 sobre el seguimiento de las Plataformas de acción de Beijing y de Beijing + 10.

De igual forma, exhorta a los Estados miembros a condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o práctica por motivos religiosos para eludir esa obligación, a establecer medidas para erradicar la violencia en la familia y en la comunidad, a reforzar en las legislaciones nacionales, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia contra las mujeres, a mejorar la formación del personal judicial, médico, social, pedagógico, y de policía e inmigración para evitar los abusos de poder que dan pie a este tipo de violencia, a realizar una actuación de sensibilización social para conseguir que las mujeres víctimas reciban un trato justo, y a enmendar los Códigos Penales cuando sea preciso para realizar una protección eficaz contra la violación, el acoso sexual y otras formas de violencia sexual contra las mujeres.

Señalando expresamente que las obligaciones que impone a los Estados miembros la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género.

En la misma línea, resulta pertinente destacar en el ámbito de la Asamblea de la Unión africana, **el Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer de 2003** (que fue adoptado el 11 de Julio de 2003 en Maputo), aunque tuvo escasa aplicación práctica<sup>187</sup>.

Este Protocolo que fue refrendado por los cincuenta y tres países de la Unión Africana define la violencia sobre la mujer como “todos los actos perpetrados contra las mujeres que causan o pueden causar daño físico, sexual, psicológico, y los daños económicos, incluida la amenaza de ejercer estos actos, o para llevar a cabo la imposición de restricciones arbitrarias o la privación de las libertades fundamentales en el ámbito privado o público, en tiempos de paz y en situaciones de conflictos armados o de guerra”.

---

<sup>187</sup> En Sudáfrica, ya en el año 1993 se promulgó una ley sobre prevención de violencia familiar que exigía que se denunciasen los casos de violencia y malos tratos, penalizaba la violación dentro del matrimonio, y recogía la posibilidad de dictar órdenes de prohibición de regreso al domicilio familiar del agresor.



Y en el ámbito de la Naciones Unidas, **la Resolución de la Asamblea General 58/147 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 22 de Diciembre de 2003, y la Declaración sobre la prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas de Marzo de 2013.**

Dicha normativa internacional debe ser desarrollada necesariamente por una regulación nacional en los distintos países que resulte eficaz en la lucha contra la violencia machista, pues no en vano, ya en el año 2005, Amnistía Internacional en su Informe sobre derechos humanos referido a 2004 señala que es un problema de primera magnitud, que se produce en todas las zonas del planeta, y que incluso en Europa, muchos gobiernos consideraban aún la violencia en el ámbito familiar como algo perteneciente a la esfera privada<sup>188</sup>.

## **A.2. Tratamiento en el ámbito comunitario.**

También en seno de la Unión Europea, atendida la gravedad del problema, vieron la luz distintos textos comunitarios en los que se deja expresa constancia de la necesidad de la erradicación de la violencia sobre la mujer<sup>189</sup>, y se recomienda a los

---

<sup>188</sup> Reflejo de la actual concienciación internacional de la importancia de erradicar la violencia machista y de adoptar mecanismos adecuados para luchar contra la misma sería la creación de una serie de Observatorios, Institutos y Fondos específicos a tal fin.

Como son entre otros, el Fondo de desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer, el Instituto internacional de investigaciones y capacitación de las Naciones Unidas para la promoción de la mujer, el Instituto europeo para la igualdad de género (dedicado a fomentar la igualdad de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes, a luchar contra la discriminación por razón de sexo, y a aumentar la conciencia sobre las cuestiones de igualdad de género, en cuyo seno se recogen y analizan, datos comparables sobre las cuestiones de género para desarrollar herramientas metodológicas para la integración de la perspectiva de género en todas las políticas, y para facilitar el intercambio de buenas practicas), el Observatorio de la violencia social y de género en Yucatán, y el Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe.

<sup>189</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia case of Opuz versus Turkey de 9 de Junio de 2009, señala expresamente, por primera vez, que los actos de violencia doméstica no sólo eran constitutivos de violación de varios preceptos de la Convención Europea de Derechos Humanos sino

Estados miembros que acomoden su legislación para la lucha contra la violencia machista.

En tal sentido, resulta pertinente mencionar:

- **La Resolución del Parlamento Europeo de 11 de Junio de 1986** (Resolución A-44/86) sobre agresiones a la mujer, sobre la protección de la dignidad de las personas y la vulneración de los derechos humanos que supone la violencia sobre la mujer, exhorta a los Estados miembros a adoptar distintas medidas para la lucha contra dicha violencia<sup>190</sup>.

- **La III Conferencia Ministerial Europea sobre la igualdad entre la mujer y el hombre**, celebrada en Roma, los días 21 y 22 de **Octubre de 1993**, que supuso la aprobación de distintas estrategias para la eliminación de la violencia contra la mujer en la sociedad, medios de comunicación, y otros ámbitos.

- **La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de Mayo de 1994** (Resolución A-0349/94) sobre las violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres, que trató la problemática de las costumbres culturales y de la violencia que se ejerce contra las mujeres en situaciones de vulnerabilidad (como en las cárceles, zonas de conflicto armado, e inmigrantes).

- **La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Septiembre de 1997** (Resolución A4-0250/97) **sobre una Campaña europea de Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres**, que insta a los Estados miembros a adoptar una serie de

---

también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos recogido en el artículo 14 de la referida Convención.

<sup>190</sup> Conforme señala el Informe del Defensor del Pueblo de España de 1998 es en 1986 cuando se plantea por primera vez, el problema de la violencia contra las mujeres en el seno del Parlamento Europeo mediante la referida Resolución, donde se aborda la problemática de estas agresiones desde diversos puntos de vista (desde las agresiones sexuales, las agresiones en el ámbito privado, hasta la prostitución), propugnándose diversas medidas como la petición de dispensar tratamiento idéntico a la violación dentro del matrimonio y fuera del mismo, creación de centros de ayuda y refugio para mujeres, etc.

medidas de prevención y erradicación de dicha violencia, al considerarse que no existían instrumentos jurídicos suficientes para erradicar la violencia doméstica machista<sup>191</sup>.

Resolución que se basa en la idea de que tal violencia no sólo refleja el desequilibrio de las relaciones de poder existente en la sociedad sino que también supone un obstáculo para superar las desigualdades por razón de sexo.

- **El Informe de la Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género del Parlamento Europeo de 20 de Abril de 1999**, que recoge una serie de recomendaciones tendentes a desarrollar políticas de prevención y erradicación de la referida violencia. E incluso, ese año **1999** fue declarado **Año Europeo de lucha contra la violencia de género**.

- **La Recomendación de la Comisión Europea (Conferencia de Colonia de 29 y 30 de Marzo de 2000)**<sup>192</sup>, que establece un listado de medidas para la prevención de la violencia contra la mujer. Recomendando a los Estados miembros que elaboren leyes para llevar a la práctica la inmediata separación del agresor y su víctima mediante el

---

<sup>191</sup> En esta Resolución se parte de considerar que la violencia machista incluye, entre otros, los malos tratos y las agresiones físicas y psíquicas.

Formula peticiones a los Estados miembros y a la Comisión para que en sus políticas presten una especial atención a la situación de las mujeres emigrantes, víctimas de esta violencia, a la formación de las personas que se relacionan profesionalmente con las mujeres agredidas, a mejorar la respuesta judicial a estas agresiones, a la necesidad de determinar la importancia del alcohol en las agresiones domésticas y familiares, a la necesidad de que los Estados doten suficientemente la financiación de refugios y albergues para las víctimas, a la necesidad de la realización de programas escolares para la prevención de los comportamientos violentos desde la infancia, a realizar una estrategia coordinada entre las distintas Administraciones públicas para prevenir la violencia y tratar las consecuencias, y a proyectar una imagen en positivo sobre las mujeres, dentro de las campañas publicitarias, alejada de su condición de víctimas, que comprenda también la prevención de la violencia y el tratamiento de los agresores.

<sup>192</sup> El Informe anual de 8 de Mayo de 1999 de la Comisión Europea sobre la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres recoge expresamente que el problema de la violencia contra las mujeres constituye un obstáculo para la igualdad entre los sexos, destacando las acciones e instrumentos puestos en marcha para erradicar y prevenir dicha violencia.

alejamiento del violento del domicilio y entorno de la mujer, que se proporcione a la policía, directrices concretas para proteger a las víctimas, que se controle la eficacia de las medidas adoptadas al efecto, y que se establezcan programas de rehabilitación e inserción de los culpables<sup>193</sup>.

- La Decisión nº 293/2000/CE de 24 de Enero de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo que aprueba **el programa Daphne (2000-2003)**, de acción comunitaria, que establece para este periodo de tiempo, medidas preventivas en esta materia, y medidas de sensibilización social, complementarias y de intercambio de información.

- La Decisión nº 803/2004/CE de 21 de Abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>194</sup> que aprueba **el programa Daphne II (2004-2008)**, de acción

---

<sup>193</sup> Posteriormente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2002 sobre la protección de la mujer contra la violencia, en su disposición 2ª estableció que “los Estados son responsables de salvaguardar el derecho de la mujer a no ser sometida a violencia de cualquier naturaleza por parte de cualquier persona”, debiendo introducir, desarrollar y/o mejorar las políticas nacionales contra la violencia, mediante entre otras medidas, la adaptación de la ley penal y civil, incluyendo el procedimiento judicial.

Y la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de Marzo de 2001, determinó el estatuto de la víctima en el proceso penal. Cuyo contenido es objeto de análisis en, vid., SERRANO MASIP, M.: “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 729 y ss.

<sup>194</sup> El Parlamento Europeo y el Consejo también aprobaron en el marco de las políticas comunitarias tendentes a la igualdad de sexos, la Directiva 2002/73 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

Directiva que modifica la anterior Directiva 76/207/CEE, recogiendo los avances jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad, y establece que los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos para exigir el cumplimiento de las obligaciones fijadas en la Directiva, debiendo establecer los distintos ordenamientos nacionales, las medidas jurídicas precisas para garantizar la indemnización o la reparación, real y efectiva, del perjuicio sufrido por una persona.

comunitaria, que establece para este periodo de tiempo, medidas para prevenir y combatir este tipo de violencia y para proteger a las víctimas.

Y en la misma línea, la Decisión nº 779/2007/CE de 20 de Junio de 2007, del Parlamento Europeo y del Consejo que aprueba **el programa Daphne III (2007-2013)**, de acción comunitaria, que es continuación de los programas anteriores. Establece para este periodo de tiempo, un programa específico para prevenir y combatir esta violencia y para proteger a las víctimas y grupos de riesgo. Cuyo objetivo principal es ofrecer apoyo a las víctimas y garantizar su seguridad.

- **El Informe de la Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género del Parlamento Europeo de 9 de Diciembre de 2005**<sup>195</sup>, que tras constatar la gravedad de las cifras de agresiones machistas producidas, insta a los Estados miembros a la implantación de un sistema de registros que permita el conocimiento rápido y fiable de las agresiones producidas.

- **La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de Febrero de 2006** sobre la situación actual de la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones<sup>196</sup>.

- **El Informe del Parlamento Europeo 2010/2209** sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión Europea para combatir la violencia

---

<sup>195</sup> Informe que insta a los Estados miembros a incorporar a sus ordenamientos, las medidas necesarias para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, y especialmente medidas para garantizar el derecho de las mujeres a tener acceso, sin riesgos, a la justicia, y a su efectiva aplicación, incluido el establecimiento de indemnizaciones.

<sup>196</sup> En estas fechas también se aprobó el 16 de Marzo de 2006, el Dictamen elaborado por el Comité económico y social europeo sobre “la violencia doméstica contra las mujeres”, en el que tras señalar que la principal responsabilidad en la lucha contra esta violencia incumbe a los Estados miembros, considera imprescindible diseñar una estrategia paneuropea que fije directrices que guíen las acciones nacionales, y la necesidad de identificar las lagunas jurídicas que impiden la adecuada protección de las mujeres.

contra las mujeres, realizado por la Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género el 18 de Marzo de 2010.

- **El Convenio del Consejo de Europa<sup>197</sup> sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de Mayo de 2011**, firmado en Estambul, cuya finalidad es proteger a las mujeres de cualquier forma de violencia, así como prevenir, perseguir y eliminar la violencia de género y la violencia doméstica.

Este Convenio, que el mismo día en que se abrió el plazo para su firma, lo firmaron trece países (Austria, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Luxemburgo, Montenegro, Portugal, Eslovaquia, España, Suecia y Turquía), tras afirmar que esta violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, define la violencia contra la mujer como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer que incluye los actos de violencia de género que producen o son susceptibles de producir sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en público o en la vida privada”.

- **La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección<sup>198</sup>**, por la que se establece

---

<sup>197</sup> En el ámbito del Consejo de Europa, se han adoptado diversas Resoluciones en materia de violencia en el seno familiar, como la Resolución nº 85, de 26 de Marzo de 1985, que señala expresamente la necesidad de adoptar medidas de protección a las víctimas de este tipo de violencia, y de establecer sanciones específicas para estas conductas.

La Resolución nº 2 sobre las medidas sociales respecto a la violencia en el seno de la familia, en 1990, donde se distingue entre medidas preventivas generales y específicas para cada tipo de persona implicada en la violencia (niños, mujeres, o ancianos).

Y la Resolución sobre la violación y agresiones sexuales a mujeres, de 1993, tras la III Conferencia Europea sobre la igualdad entre mujeres y hombres, celebrada en Roma.

<sup>198</sup> La euroorden de protección para mujeres víctimas de la violencia de género fue una de las prioridades de la presidencia española de la Unión Europea, que nace con la finalidad de proteger a las víctimas de esta violencia, y de extender a los demás Estados de la Unión, las medidas equivalentes de

un nuevo instrumento de cooperación jurídica a nivel europeo, cooperación que como señala SAN JOSÉ GONZÁLEZ<sup>199</sup>, es fundamental para lograr una protección integral a la víctima.

Esta orden europea de protección se encuentra regulada en el Título VI de la Ley 23/2014, de 20 de Noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Existen diversos instrumentos de cooperación judicial en la Unión Europea, en materia penal y en materia civil, para dar una respuesta adecuada a la violencia machista.

Entre los primeros se encontrarían el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, de 29 de Mayo de 2000, y la Decisión Marco de 13 de Junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros<sup>200</sup>.

Y entre los segundos, estarían el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de Diciembre, relativo a competencia judicial, sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre, relativo a la

---

protección dictadas por uno de los países miembros, en relación a los delitos que pueden poner en peligro la vida de la víctima, su integridad física, psicológica o sexual y su libertad personal. De forma que las medidas de protección nacionales queden extendidas al resto de países comunitarios, incluyendo las ordenes de alejamiento y la prohibición de contacto físico, telefónico o por medios de comunicación electrónicos.

<sup>199</sup> SAN JOSÉ GONZÁLEZ, A.: “Violencia de género y cooperación judicial en la Unión Europea”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 771 y ss.

<sup>200</sup> La orden europea de detención y entrega se encuentra regulada en el Título III de la Ley 23/2014, de 20 de Noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Esta última Ley también regula, entre otros, en su Título X el exhorto europeo de obtención de pruebas.

En esta línea de cooperación se encuentra la LO 7/2014, de 12 de Noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Y ello sin perjuicio de la existencia de otras instituciones como Eurojust (creado por Decisión del Consejo de 28 de Febrero de 2002 para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia), o de Convenios bilaterales, como el Convenio bilateral entre España y Portugal relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil de 19 de Noviembre de 1997.

Conforme pone de relieve OUBIÑA BARBOLLA<sup>201</sup>, esta regulación tiene su antecedente más cercano en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de Diciembre de 2010<sup>202</sup>, y debe enmarcarse en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia previsto en el Tratado de Amsterdam de 2 de Octubre de 1997, en la necesidad de la cooperación judicial en materia penal, y en el reconocimiento mutuo de Sentencias y resoluciones judiciales<sup>203</sup>.

**- La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012**, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el

---

<sup>201</sup> OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La orden europea de protección: realidad o ilusión”, *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 263 y ss.

<sup>202</sup> Este proyecto impulsado por España fue objeto de acalorada discusión en el seno europeo dado que existían países como Alemania, Austria, la República Checa y Holanda que consideraron que carecía de suficiente base jurídica.

<sup>203</sup> La orden europea de protección está íntimamente relacionada con la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de Noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (por la que se insta a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas para combatir esta violencia), con la Resolución del Consejo de Europa de 11 de Diciembre de 2009 por la que se adopta el programa de Estocolmo (por la que se insta a extender el principio de reconocimiento mutuo a toda clase de Sentencias y decisiones de carácter judicial, con independencia de que fueran penales o administrativas, y se exhorta a los Estados miembros a mejorar las medidas legislativas y de apoyo a las víctimas de esta violencia), y con la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de Febrero de 2010 sobre igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (en la que se apoya expresamente el establecimiento de esta orden de protección como un nuevo instrumento de cooperación jurídica entre los Estados miembros).



apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

- **El Reglamento 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Junio de 2013**, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, dictado con el objeto de proteger a la víctima cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro.

Su finalidad es impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta.

### **B) Respuesta normativa en Europa y América.**

Conforme se ha expuesto anteriormente la respuesta jurídica ante la lacra de la violencia sobre la mujer ha sido diversa en cada país, por lo que sin perjuicio de la normativa supranacional relatada, a continuación se entiende adecuado exponer someramente la situación de algunos países de nuestro entorno para un mejor conocimiento de esta materia.

Y a tal efecto, se hará referencia a la regulación de varios países europeos, de EEUU, y de Latinoamérica.

Como señala MACHADO RUIZ<sup>204</sup>, la vía punitiva es la opción más seguida en Europa y en algunos países latinoamericanos para solucionar la violencia machista.

En la mayoría de estas legislaciones penales, la violencia doméstica se castiga sin figuras específicas<sup>205</sup> dentro de los delitos contra la integridad<sup>206</sup> o contra la familia<sup>207</sup>. Situándola la mayoría, entre los delitos contra las personas<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> MACHADO RUIZ, M.D.: “La perspectiva de género...”, cit., pp. 48 y ss.

<sup>205</sup> Ejemplo de la existencia de figuras penales genéricas serían Chipre, Escocia, Irlanda y Austria.

En ocasiones, la relación de afectividad existente entre el autor y la víctima se tiene en cuenta en el marco de las infracciones comunes a través de agravantes genéricas o específicas.

Como en Bélgica cuya Ley 24 de Noviembre de 1997 relativa a la lucha contra la violencia entre los socios, establece como circunstancia agravante que “la víctima del delito o el autor de la infracción es o haya sido cónyuge o pareja conviviente y el delincuente haya tenido una larga relación sexual y emocional con ellos”.

También Cuba estipula en su Código Penal, agravaciones por parentesco en los delitos contra la vida y la integridad (artículo 53 CP), y Francia, en los atentados contra la integridad (artículo 222 CP).

O se establecen atenuaciones especiales para las víctimas que recurren a la fuerza para defenderse de sus agresores.

El artículo 217 del Código Penal de Islandia posibilita disminuir la pena, si la persona que sufre los daños es la que inició la lucha por asalto o provocación.

Y las legislaciones penales de Georgia, Eslovenia y Letonia establecen atenuantes similares.

---

<sup>206</sup> Esto ocurre en el Código Penal de Liechtenstein que contempla la violencia doméstica como cualquier forma de violencia para ambos sexos, entre los delitos contra la integridad.

Igual que en las legislaciones penales de Malta, Ucrania y República Checa, donde el maltrato de la mujer se contempla dentro de los atentados genéricos contra la integridad.

En Noruega se contempla dentro de las disposiciones generales relativas a asalto, lesiones, etc.

Mientras el Código Penal Alemán establece un precepto concreto para sancionar el delito de malos tratos (parágrafo 225), que abarca el ámbito familiar, el laboral, y el educacional.

<sup>207</sup> Croacia regula la violencia doméstica dentro de “los delitos contra el matrimonio, la familia y la juventud”.

Italia tipifica la violencia doméstica en el Código Penal dentro de “los delitos contra la asistencia familiar”, recogiendo en su artículo 572 el delito de maltrato familiar.

<sup>208</sup> Conforme sucede en los Códigos Penales de Luxemburgo (arts. 392 y ss. CP), Albania, Bulgaria, República Eslovaca, Dinamarca, Grecia, Hungría, Lituania y Moldavia.

En otros casos, la relación de afectividad se tipifica expresamente para proteger a todos los miembros del grupo familiar<sup>209</sup>, o se contiene una referencia específica a la mujer como sujeto pasivo de este tipo de violencia<sup>210</sup>.

Tampoco faltan países que optan por tipificar un delito específico de violencia doméstica para proteger al grupo familiar<sup>211</sup>, o por establecer junto a las sanciones penales correspondientes, sanciones administrativas o civiles para castigar estas conductas (o medidas de protección recogidas en el Derecho Civil<sup>212</sup>).

---

<sup>209</sup> Es el supuesto, entre otros, de los Códigos Penales de Portugal, Polonia y Finlandia.

<sup>210</sup> El Código Penal Sueco hace referencia expresa al supuesto que “los hechos sean cometidos por un hombre contra una mujer con el que está o estuvo casado o quién convive o convivió en una relación similar al matrimonio” (parágrafo 4<sup>a</sup>).

<sup>211</sup> El artículo 184 del Código Penal Polaco castiga con la pena de seis meses a cinco años de prisión al “que inflija malos tratos de carácter físico o psicológico a un miembro de su familia, a una persona permanente o temporal a su cuidado, o a un menor de edad o persona vulnerable”.

<sup>212</sup> El Código Administrativo de Armenia castiga los casos leves de vandalismo consistentes en “perturbación de la paz”.

En Rumania se castiga la alteración de la seguridad y orden público conforme la Ley 61/1991 sobre la infracción de las normas de la vida civil, el orden público y la seguridad pública.

La Ley civil de la familia de Croacia prohíbe los comportamientos violentos de un cónyuge o de cualquier miembro adulto de la familia. Y el Derecho Civil de Eslovenia sanciona la violación de una obligación familiar.

Medidas de protección civil de las víctimas de violencia doméstica son frecuentes en la legislación alemana, que prevé la adopción de medidas de protección. O en la legislación francesa, cuya Ley 2006-399 no sólo establece medidas protectoras de carácter civil, sino medidas de alejamiento de naturaleza procesal penal. O en la legislación italiana, cuya Ley n° 154 “di misure contro la violenza nelle relazioni familiari” permite la adopción de ordenes civiles de protección contra los abusos familiares, sanciones civiles y medidas cautelares de naturaleza civil, y en el ámbito penal, las ordenes de alejamiento.

En EEUU, en 1994, el Congreso norteamericano aprobó una ley por la que se tipifica como delito federal, el hecho de atravesar la frontera estatal para lesionar, acechar, o intimidar al cónyuge o pareja sentimental, o con la intención de violar una orden de protección. Y posteriormente, en 2000, se aprobó una ley específica para mujeres inmigrantes que fueran objeto de malos tratos.

Frente a la utilización de la vía penal para luchar contra esta lacra social, algunos países europeos y latinoamericanos otorgan también un papel relevante a la vía civil para afrontar la violencia machista y garantizar la seguridad de la mujer<sup>213</sup> dado que la respuesta penal del problema mencionado ha sido objeto de no pocos reproches<sup>214</sup>.

Resulta evidente conforme pone de relieve MAGARIÑOS YÁÑEZ<sup>215</sup>, que la preocupación por la violencia de género de muchos de los países de nuestro entorno no está ni mucho menos asimilada a la asumida en España, ya que en la mayoría de los países no existe una concienciación profunda del problema ni tampoco la alarma social que existe en nuestra nación.

En todo caso, se constata el aumento de los instrumentos jurídicos existentes (penales, civiles y administrativos) en los distintos Estados para hacer frente a este grave problema<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> En este sentido, la Ley austriaca contra la violencia en la familia de 1997 permite el desalojo inmediato del agresor del domicilio familiar, la prohibición de acercamiento a dicho domicilio, la atribución provisional de la custodia de los hijos menores, ayuda jurídica, psicológica, médica y jurídica a la víctima, etc. En este país, la orden de expulsión del domicilio del agresor y su prórroga, la puede adoptar un Juez civil.

Las Leyes de protección contra la violencia familiar de Buenos Aires de 1994, de Costa Rica de 1996, de Guatemala de 1996, y de Uruguay de 2001, fijan un procedimiento civil para hechos atípicos penalmente, con medidas de alejamiento y otras medidas de protección de las víctimas como prohibición y decomiso de armas, suspensión provisional del derecho de visitas y/o educación de los hijos menores de edad, etc.

<sup>214</sup> En ocasiones, se ha criticado que las sanciones penales eran muy leves (como en Armenia o Islandia), o no se cumplían en su integridad, aminorando su gravedad o aplicando una condena condicional conforme se ha denunciado en Polonia y en la República Eslovaca, o que existía cierta resistencia de los operadores jurídicos a aplicar las medidas de protección de forma inmediata, o en algunos casos, no existían o eran escasas como en Grecia, Lituania o Hungría.

<sup>215</sup> MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho...*, cit., p. 54.

<sup>216</sup> Según un Informe del Secretario General de Naciones Unidas titulado “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”, de 6 de Julio de 2006, “en Australia, Canadá, Estados Unidos, Israel y Sudáfrica se han realizado estudios sobre el feminicidio que indican que entre el 40% y el

La existencia de ordenamientos tan dispares en el tratamiento jurídico de la violencia de género debería conducir necesariamente en el futuro, conforme indica MARTÍNEZ GARCÍA<sup>217</sup>, al menos en el ámbito europeo, a la necesidad de homogeneizar tal respuesta jurídica para la adopción de una posición institucional unánime.

Y a tal fin, se afirma que es necesario empezar por definir el concepto de la violencia de género<sup>218</sup>, reflexionar sobre cuales son las penas más adecuadas para luchar eficazmente contra tal lacra, y otorgar mayor protagonismo a las víctimas.

---

70% de las mujeres víctimas de homicidio fueron matadas por sus maridos o sus novios”, y que “según un estudio realizado en EEUU, el homicidio era la segunda causa de muerte entre las adolescentes de 15-18 años, y el 78% de sus víctimas habían sido matadas por un conocido o por su pareja”.

En dicho informe se pone de relieve que el cumplimiento del deber de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los actos de violencia sobre la mujer debe ir acompañado de las necesarias reformas procesales a la luz de la perspectiva de género.

Un Informe posterior, también del Secretario General de Naciones Unidas, titulado “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia sobre la mujer”, de 4 de Agosto de 2008, muestra la tendencia de los Estados hacia la promulgación y modificación de las leyes para criminalizar los actos de violencia contra la mujer, y de ajustar las penas a la gravedad del delito para poner fin a la impunidad de la violencia machista, aunque lamenta el bajo porcentaje de denuncias, poniendo como ejemplo, no a países de tercer mundo, sino a los Países Bajos, en los que sólo se denunciaba el 12% de los casos de violencia intrafamiliar.

En esta línea, Suiza por medio de la Ley Federal de 23 de Marzo de 2007, sobre ayudas a las víctimas de delitos, modificó su legislación reforzando la prestación de asistencia a las víctimas. Y Liechtenstein, en 2008, promulgó la Ley de protección a las víctimas, en la que se establecen servicios de asesoramiento, asistencia financiera e indemnizaciones por daños y perjuicios materiales y morales a cargo del Estado.

<sup>217</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo”, *Asparkia: Investigación feminista*, nº 24, 2013, pp. 31 y ss.

<sup>218</sup> Sobre esta materia vid., MERINO SANCHO, V.: “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer”, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad de Valencia, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 24, 2007, pp. 387 y ss.

Veamos tales regulaciones.

### **B.1. Francia.**

Su ordenamiento jurídico no prevé una ley especial sobre violencia de género, por lo que la sanción de la violencia machista se realiza fundamentalmente por medio de los artículos 222-1 y siguientes de su Código Penal<sup>219</sup>. Artículos en los que se castigan los distintos tipos de lesiones en función del resultado producido, configurándose como agravante, haberse cometido el hecho “sobre el cónyuge o conviviente”.

De esta forma, la violencia física, verbal o psicológica es castigada con penas agravadas cuando es ejercida por el cónyuge, concubino o la pareja.

El artículo 222 CP castiga las violencias causadas por el cónyuge o pareja de hecho, y también por la ex pareja, en este último supuesto si el delito está vinculado a la relación que mantiene la víctima y su agresor:

Que traigan como consecuencia una incapacidad laboral total superior a ocho días con la pena de prisión de cinco años y multa de 75.000 euros.

Si la incapacidad es inferior o igual a ocho días, o no llega a ser incapacidad laboral total con la pena de prisión de tres años y multa de 45.000 euros.

Las reiteradas llamadas telefónicas hostiles o agresiones sonoras que alteren la tranquilidad de los demás con la pena de un año de prisión y multa de 15.000 euros.

Las amenazas condicionales, repetidas o llevadas a cabo para cometer un delito, amenazas de muerte condicionales, repetidas o llevadas a cabo, amenazas o actos de intimidación a la víctima para que no interponga una demanda o para que retire una demanda con la pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de 7.500 a 75.000 euros.

---

<sup>219</sup> Sobre esta materia, vid., HURTADO POZO, J.: “La protección de las víctimas de la violencia de género en Suiza y en Francia”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 560 y ss.

La agresión sexual distinta a la violación con la pena de siete años de prisión y multa de 100.000 euros.

La tortura con la pena de veinte años de prisión.

La violencia que provoque una muerte involuntaria con la pena de veinte años de prisión.

La violencia que provoque mutilaciones o discapacidad permanente con la pena de quince años de prisión.

La violación con la pena de diez años de prisión. Si la misma provoca la muerte de la víctima con la pena de treinta años de prisión. Y si está precedida, acompañada o seguida de tortura o actos bárbaros con la pena de cadena perpetua.

La detención, rapto, retención o aislamiento durante más de siete días o seguido de una liberación voluntaria antes del séptimo día con la pena de veinte años de prisión y multa de 75.000 euros.

Y el asesinato con la cadena perpetua.

La violencia conyugal no goza de un estatuto propio hasta la promulgación de la Ley 92/683, de 22 de Julio, que establece por primera vez, que la condición de cónyuge o de pareja de hecho de la víctima constituye una circunstancia agravante dentro de “los atentados contra la integridad de la persona”. Siendo este reproche punitivo agravado introducido en el Código Penal de 1994 cuando se castiga los actos violentos cometidos entre cónyuges o parejas de hecho<sup>220</sup>.

MARTÍNEZ GARCÍA<sup>221</sup> pone de relieve que la violencia doméstica se castiga de forma más severa al ampliarse el número de circunstancias agravantes aplicables, que incluyen a parejas de hecho y ex parejas, y por medio de figuras delictivas como el asesinato, la violación y la agresión sexual. Reconociéndose incluso la existencia de robo con violencia entre las parejas cuando es consecuencia del deseo de subyugar a la víctima.

---

<sup>220</sup> Aunque la redacción inicial del referido Código Penal configuró como circunstancia agravante, la cualidad de cónyuge o pareja de hecho de la víctima, la misma no se extendía a otros tipos penales como el asesinato. Hecho que fue subsanado por la Ley 2006/399, de 4 de Abril, de refuerzo en la prevención y represión de las violencias en el ámbito de la pareja o cometidas ante menores.

<sup>221</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia...”, cit., pp. 27 y ss.

Como reflejo de la sensibilización social que se produce en esta materia, en el año 1989, se pone en marcha la primera Campaña Nacional de información contra las violencias de pareja y se crean Comisiones Provinciales de acción contra las violencias sobre las mujeres.

En el año 1992, se introduce la Ley sobre el acoso sexual en el trabajo.

En el año 1994, el Código Penal agrava las penas conforme lo expuesto anteriormente.

En el año 1999, se dicta una Instrucción interministerial para la lucha contra las violencias cometidas sobre las mujeres en el ámbito familiar<sup>222</sup>.

Y posteriormente, se hizo público por el gobierno francés, el Plan General de Lucha contra la Violencia de Género de 24 de Noviembre de 2004<sup>223</sup>, por el que se fomenta la creación de una red asociativa de asistencia a la mujer maltratada (por medio de la incorporación de numerosas asociaciones privadas), se establecen mecanismos de coordinación entre los órdenes civil y penal, se aprueban protocolos de actuación en la lucha contra esta violencia, y se realizan campañas de formación e información en esta materia<sup>224</sup> atendida la entidad de esta lacra<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> VUELTA SIMÓN, S.: “Elementos del trato de la violencia doméstica en Francia”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 2, 2005, p. 118.

<sup>223</sup> Se aprobaron en este campo, distintos Planes Gubernamentales de lucha contra la violencia sobre la mujer, como el de “diez medidas para la autonomía de las mujeres” (que abarcaba el periodo de los años 2005 al 2007), y el de “doce objetivos para combatir la violencia contra las mujeres” (que abarcaba el periodo de los años 2008 al 2010). Enfocándose en el Plan contra la violencia de género para el periodo 2011 al 2013, principalmente, en la lucha contra las violencias sexistas y sexuales en el trabajo y la prostitución.

Sobre el contenido de este último Plan, vid., CABRERA GRANERO, S., ABADÍA MARTÍNEZ, J.E. y MORENO RODADO, A.: “Mujer y violencia de género: un acercamiento a las leyes de protección de la mujer en el ámbito europeo”, IV Congreso virtual sobre historia de las mujeres (15-31 octubre de 2012), [www.revistacodice.es](http://www.revistacodice.es), 2012, pp. 13-14.

<sup>224</sup> MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho...*, cit., p. 55.

<sup>225</sup> Según el Ministerio del Interior francés, cada dos días y medio muere una mujer a manos de su pareja o expareja, ascendiendo en el año 2010, a 146 las mujeres fallecidas en dichas circunstancias.



Por medio de la Ley 2004/439, de 26 de Mayo, relativa al divorcio<sup>226</sup> se introducen las primeras medidas específicas en materia de violencia conyugal, estableciendo la medida de alejamiento del domicilio común del cónyuge violento<sup>227</sup>.

A continuación se promulga la Ley 2006/399, de 4 de Abril, de refuerzo en la prevención y represión de las violencias en el ámbito de la pareja o cometidas ante menores, que constituye la normativa destinada a luchar contra la violencia doméstica.

Y la Ley 2010/769, de 9 de Julio, relativa a las violencias específicamente dirigidas a las mujeres, a las inferidas en el ámbito de la pareja, y a la incidencia de estas últimas sobre los niños, por la que se introduce la orden de protección, y el delito de acoso en el ámbito de la pareja en el artículo 222-33-2 del Código Penal.

De dicha regulación se desprende conforme relata SANDE MAYO<sup>228</sup> que las leyes galas dirigidas a combatir la violencia ejercida en el ámbito de la pareja no contienen una definición legal de la violencia doméstica o conyugal.

Se limitan a introducir tipos agravados respecto a los tipos básicos relativos a los atentados contra la integridad física, cuando el hecho provenga de uno de los miembros de la pareja o ex pareja.

Por lo que ante la ausencia de un tipo específico de violencia de género, se castiga la violencia ejercida en el ámbito de la pareja con independencia del sexo del agresor y de la víctima. Siendo por tanto, el hombre y la mujer concebidos como posibles víctimas en un mismo plano y con idénticas consecuencias jurídico penales.

---

<sup>226</sup> Otorga la posibilidad al Juez civil de familia, de ordenar la exclusión del domicilio familiar de cónyuge violento con la finalidad de proteger debidamente al cónyuge agredido, y a los niños de la pareja en situación de violencia.

<sup>227</sup> Esta medida será de aplicación aunque la víctima no hubiere iniciado el procedimiento de divorcio, aunque caducará si ninguna demanda de divorcio o separación se hubiera presentado a la expiración del plazo de cuatro meses desde su pronunciamiento.

<sup>228</sup> SANDE MAYO, M.J.: “La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja: experiencia en Francia”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 311 y ss.

Y de igual forma, las parejas heterosexuales como las homosexuales, los cónyuges y las meras parejas de hecho como las unidas por pactos civiles de solidaridad<sup>229</sup>.

## **B.2. Italia.**

El Código Penal italiano tampoco contiene una regulación específica sobre la violencia de género<sup>230</sup>, por lo que las conductas que la integran se reconducen a los distintos tipos penales, sin realizar un tratamiento específico en esta materia<sup>231</sup>.

La violencia machista es objeto del debido reproche penal por medio del tipo del maltrato familiar del artículo 572 del CP que castiga:

“a quién maltratare a una persona de la familia o a un menor de catorce años, o a una persona sujeta a su autoridad, o a su cuidado por razones de educación, instrucción, vigilancia o custodia... con una pena de prisión de uno a cinco años”.

Agravándose esa pena, según se derivaran lesiones personales graves, o lesión gravísima, o la muerte.

---

<sup>229</sup> La legislación francesa ha extendido la noción de cónyuge a todas las modalidades en que dos personas afectivamente unidas deciden organizar su vida en común.

Es a partir de la Ley 2006/399, de 4 de Abril, cuando el reproche punitivo agravado se aplica también a la pareja ligada a la víctima por un “pacte civil de solidarité” (pacto por el que dos personas, del mismo o distinto sexo, deciden en virtud de un contrato, comprometerse a una vida en común).

<sup>230</sup> Sobre esta materia, vid., ORLANDI RENZO.: “Protección procesal de las víctimas de la violencia de género en Italia”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 509 y ss.

<sup>231</sup> VELASCO NUÑEZ, E.: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en Derecho Comparado”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005, pp. 147-148.

SANTOS ALONSO, J.: “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal italiano”, *La violencia doméstica...*, cit., pp. 346 y ss.

O en su caso, tal reproche penal se realiza por medio del tipo del acoso previsto en el artículo 612 bis CP.

Bajo la expresión maltratar, la jurisprudencia italiana abarca la violencia física, psíquica, y sexual. Señalando la jurisprudencia que el dolo del delito de malos tratos “consiste en hacer la vida imposible al sujeto pasivo”<sup>232</sup>.

El origen de la lucha contra la violencia sobre las mujeres se atribuye, conforme pone de relieve RODRÍGUEZ ÁLVAREZ<sup>233</sup>, al movimiento feminista en los años setenta, con la creación de los Centros antiviolencia y las Casas de la mujer, seguidos por las instituciones públicas.

En Octubre de 2010 se aprobó el Plan Nacional contra la violencia de género y el acoso para la prevención y lucha contra la violencia de género y la protección, tutela, inserción y reinserción de las víctimas.

Este país carece de una legislación estatal<sup>234</sup> que aborde el problema de la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja<sup>235</sup>, abordando únicamente la violencia que se produce en el seno de la familia.

---

<sup>232</sup> Sentencia de la Corte de Cassazione de 26 de Mayo de 1983, cit. por MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho...*, cit., p. 56.

<sup>233</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “La violencia de género en Italia”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 194 y ss.

<sup>234</sup> Se afirma que han sido las regiones italianas las verdaderas impulsoras de la legislación en esta materia, a las que se deben no sólo las primeras normas al respecto, sino casi las únicas.

Aunque su normativa no incide por razones competenciales, en el Derecho civil, penal y procesal, sino más bien, en cuestiones asistenciales y administrativas, como serían acciones de prevención, formación, de las casas de la mujer, de centros de acogida, etc.

<sup>235</sup> En el año 1999, por la Comisión Europea se constata la escasa percepción social del fenómeno de la violencia machista en Italia.

De especial importancia en esta materia es la Ley n° 154, de 4 de Abril de 2001, de medidas contra la violencia en las relaciones familiares (“Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”)<sup>236</sup>, por la que se introduce la medida cautelar de alejamiento del domicilio familiar del maltratador, sin perjuicio de la normativa dictada por las distintas regiones italianas.

Por medio de la referida Ley se crea la orden de protección y se modifica el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, con la finalidad de reforzar la protección de la mujer y de otros miembros del grupo familiar<sup>237</sup>.

Veamos dichas modificaciones:

a) Código Civil:

Introduce en el Libro I, relativo a “la persona y la familia”, el Título IX-bis rubricado “Orden de protección contra los abusos familiares” (orden de protección civil), que engloba los artículos 342 bis y 342 ter.

El artículo 342 bis CC<sup>238</sup> establece que si “la conducta del cónyuge o de otro conviviente es causa de grave perjuicio a la integridad física o moral,

---

<sup>236</sup> Esta ley fue posteriormente modificada por la Ley n° 304, de 6 de Noviembre de 2003, y por el Decreto Ley n° 11, de 23 de Febrero de 2009.

<sup>237</sup> Dicha normativa equipara matrimonio y convivencia more uxorio.

Señala el artículo 5.1 de la Ley 154/2001 que “las normas de la presente ley se aplican, en cuanto son compatibles, también para el caso en que la conducta perjudicial se ha producido por otro componente del núcleo familiar distinto al cónyuge o pareja, o en la confrontación de otros componentes del núcleo familiar distinto del cónyuge o pareja”.

De esta forma se tutela a todos los componentes del grupo familiar, incluidos los menores (que sean víctimas de violencia causada por su progenitor, su pareja o por otros miembros de la familia), y a las otras personas unidas por lazos de parentesco o afinidad.

<sup>238</sup> El artículo 342 bis del Código Civil, en su redacción originaria, establecía que el hecho generador del perjuicio no debía constituir un delito perseguible de oficio.

que afecta a la libertad del otro cónyuge o conviviente, el Juez (civil), a instancia de parte, puede adoptar a través de decreto, una o más de las medidas establecidas en el artículo 342 ter”.

Conforme pone de relieve CABRERA MERCADO<sup>239</sup>, el ordenamiento italiano posibilita de esta forma a la víctima de abusos la alternativa de acudir al Juez civil para lograr su protección, sin necesidad de iniciar un proceso penal contra su agresor, partiendo de la idea de que “no todas las agresiones a la mujer son hechos penales perseguibles, y que no siempre la persona ofendida tiene la facultad de instar la adopción de medidas cautelares penales”.

Se establece así “un mecanismo paralelo a la vía penal en un intento más para poder frenar y prevenir el fenómeno de violencia doméstica contra mujeres y menores fundamentalmente”, posibilitando de esta manera una posible reconciliación futura entre los miembros de la familia<sup>240</sup>.

El artículo 342 ter del Código Civil recoge el contenido de la orden de protección.

Una vez acreditada la situación de violencia, el Juez civil puede acordar por medio de un procedimiento sumario requerir al agresor la cesación inmediata de una conducta perjudicial, el alejamiento de la casa del conviviente o familiar culpable, la prohibición de acercarse a lugares frecuentados por la víctima y a los que se señalen en la orden de protección (como el lugar de trabajo, el domicilio familiar de origen, el

---

Previsión que fue derogada por la Ley 304/2003, de 6 de Noviembre, por lo que el Juez civil es competente para dictar la orden de protección incluso en dichos supuestos, y la víctima puede solicitar su protección tanto en la vía penal como en la civil.

<sup>239</sup> CABRERA MERCADO, R.: “Aspectos esenciales de la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de violencia contra la mujer en Italia”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011, pp. 102 y ss.

<sup>240</sup> Esta alternativa tiene su inspiración en la Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie austriaca de 1997, en la Gewaltschutzgesetz alemana de 2001, y en la order of protection de EEUU.

domicilio de otros parientes próximos, etc.), el pago de una pensión alimenticia a favor de los familiares que se encuentren privados de medios económicos adecuados, y la intervención de los servicios sociales del territorio, de un centro de mediación familiar o de asociaciones dedicadas al apoyo de dichas víctimas.

El artículo 342 ter añade que la duración de la orden de protección será fijada por el Juez en el mismo Decreto que la acuerda, sin que pueda exceder, en principio, de un año<sup>241</sup>, aunque puede prorrogarse “a instancia de parte, alegando graves motivos y por el tiempo estrictamente necesario”.

Según el artículo 6 de la Ley 154/2001 el incumplimiento de la orden de protección se castiga conforme al tipo penal del artículo 388 CP correspondiente al incumplimiento doloso de una medida judicial.

b) Código de Procedimiento Civil:

Fue modificado para la fijación del procedimiento de adopción de la referida orden de protección (artículo 736 bis).

Dicho procedimiento se inicia previa petición dirigida al Tribunal de residencia o domicilio del solicitante<sup>242</sup>. Órgano judicial que previa audiencia de las partes e indagaciones pertinentes acordara o denegara dicha orden, aunque en circunstancias de especial gravedad, el Juez puede adoptar la orden inmediatamente, posponiendo la audiencia de las partes, a celebrar en un plazo no superior a quince días.

---

<sup>241</sup> En su redacción originaria, se establecía un plazo de seis meses, que se amplía a un año, tras el Decreto Ley 11/2009, de 23 de Febrero.

<sup>242</sup> Están legitimados activamente “los componentes del núcleo familiar dañado, en el que se produce la conducta perjudicial”, con independencia de su sexo.

Resulta evidente que con esta medida cautelar se posibilita la protección de las personas más vulnerables del núcleo familiar como pueden ser la mujer y los hijos, aunque también puede protegerse al varón de la violencia de su pareja.

c) Código de Procedimiento Penal:

Se añade en el Capítulo destinado a las medidas cautelares personales, el artículo 282 bis relativo “al alejamiento de la casa familiar”.

Precepto en el que se recoge una redacción similar a la establecida en el Código Civil, y se establece el abandono del domicilio familiar, el alejamiento de ciertos lugares frecuentados por la víctima, el pago de una pensión periódica, y se impide el regreso al referido domicilio<sup>243</sup>.

A diferencia de lo estipulado en el artículo 342 ter del Código Civil no se fija una duración máxima de la medida, que variará según el delito cometido. Y para la adopción de una orden de protección en vía penal será necesaria la existencia de un proceso en curso, requisito que no se exige en vía civil.

### **B.3. Portugal.**

La represión penal de los actos de la violencia doméstica se realiza por medio del artículo 152 del Código Penal, introducido por la Ley 53/2007, que castiga:

“1. A quién, de modo reiterado o no, inflingiera malos tratos físicos o psicológicos, incluyendo castigos corporales, privaciones de libertad y ofensas sexuales: a) al cónyuge o excónyuge; b) a persona de otro o del mismo sexo con quién el autor mantenga o haya mantenido una relación análoga a la de los cónyuges, aún sin convivencia; c) ...; d) ...; con una pena de prisión de uno a cinco años, si no le fuera aplicable pena más grave por imperativo de otra disposición legal.

2. En el caso previsto en el apartado anterior, si el autor realizara la acción contra menor, en la presencia de menor, en el domicilio común o en el domicilio de la víctima será castigado con pena de prisión de dos a cinco años”.

---

<sup>243</sup> Con esta medida cautelar personal, el Juez penal puede obligar al imputado (sobre el que deben existir graves indicios de culpabilidad por agresiones, malos tratos y otros delitos contra la vida familiar) a abandonar de forma inmediata el domicilio común que comparte con la víctima, no dejándole volver a la vivienda sin su autorización, o alejarlo de lugares frecuentados por la persona ofendida.

De dicha regulación conforme pone de relieve ALONSO SALGADO<sup>244</sup>, se desprende que la misma no contiene diferencias de régimen jurídico en función del sexo del sujeto activo del delito. Y que la agresión puntual cometida sobre alguna de las personas citadas en el artículo 152 implica la aplicación del referido tipo (que está configurado como un delito público), en vez del tipo de lesiones leves contra la integridad física previsto en el artículo 143 del Código Penal Portugués. No exigiéndose por tanto, la reiteración en el ejercicio de la violencia<sup>245</sup>.

El artículo 152 CP, ubicado en el Capítulo de los delitos contra la integridad física, tutela a las víctimas de violencia, con independencia del carácter homosexual o heterosexual de la relación, y no establece límite temporal al cese del vínculo matrimonial, de la unión de hecho o análoga para su aplicación subjetiva.

Considera LAMAS LEITE<sup>246</sup> que sería un criterio más acertado, como sucede en Suiza (artículo 126, nº 2, parr. b) y c) del Código Penal), establecer un criterio temporal máximo de un año después del divorcio o separación para la aplicación de este tipo penal. Y que no están bajo el ámbito de dicho tipo penal, los simples noviazgos pasajeros, ocasionales, fortuitos, flirts, o meras relaciones de amistad, al tener que existir “una relación de confianza entre el autor y el ofendido, basada en fundamentos relacionales más o menos sólidos, en que cada uno de ellos es titular de una expectativa

---

<sup>244</sup> ALONSO SALGADO, C.: “Violencia de género versus violencia doméstica. Aproximación a la problemática conceptual desde la experiencia portuguesa y española”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 245 y ss.

<sup>245</sup> En la redacción anterior al año 2007, el criterio de reiteración funcionaba para distinguir los malos tratos entre cónyuges o equiparados y otros tipos legales. Pero ya existía jurisprudencia que entendía que los malos tratos no exigían una reiteración, e incluso que era suficiente un único hecho de cierta gravedad para ser calificable como malos tratos.

<sup>246</sup> LAMAS LEITE, A.: “La Violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del derecho penal y procesal portugués”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 278 y ss.



en que el otro, por vía de ese lazo, asuma un deber de respeto y abstención de conductas lesivas de la integridad personal del compañero/a”.

La importancia de la lacra social de este tipo de violencia se puso de relieve con el I Plan Nacional contra la violencia doméstica aprobado por resolución del Consejo de Ministros nº 55/1999, de 15 de Junio<sup>247</sup>, al que siguieron otros Planes, de fechas 7 de Julio de 2003, 22 de Junio de 2007, y 17 de Diciembre de 2010<sup>248</sup>. Este último previsto para el periodo 2011-2013.

A tal fin se promulga una legislación específica para prevenir la violencia doméstica y otorgar una asistencia completa a sus víctimas, con medidas de protección policial y judicial, laborales, centros de atención especializados, etc., posibilitándose la mediación de conformidad con la Ley nº 21/2007, de 12 de Junio, para dar soluciones a este grave problema social.

En este sentido, la Ley nº 112/2009, de 16 de Septiembre<sup>249</sup>, establece el régimen jurídico aplicable para la prevención de la violencia doméstica, la protección y la asistencia de sus víctimas.

Sus líneas básicas, según ARANGÜENA FANEGO<sup>250</sup>, consisten en: 1) distinguir dentro del ámbito de la violencia doméstica entre víctima y víctima

---

<sup>247</sup> Este I Plan defendía la creación de una pena accesoria que consista en la prohibición de que el agresor se aproxime a la víctima.

<sup>248</sup> El IV Plan Nacional contra la violencia doméstica de 17/12/2010 tenía como objetivo específico prever una respuesta integral contra la violencia doméstica a nivel nacional en consonancia con las orientaciones europeas e internacionales con medidas para informar, sensibilizar y educar, para proteger a las víctimas y promover su inserción social, prevenir la reincidencia, cualificar profesionales, etc.

<sup>249</sup> La Ley nº 112/2009 revocó la Ley nº 107/99, de 3 de Agosto, y el Decreto ley nº 323/2000, de 19 de Diciembre.

<sup>250</sup> Para un análisis más completo de las líneas fundamentales de la Ley nº 112/2009, vid., ARANGÜENA FANEGO, C.: “Sistema de tutela de las víctimas de violencia de género en Portugal”,

especialmente vulnerable; 2) el principio de autonomía de la voluntad de la víctima; 3) el estatuto de víctima se adquiere con la presentación de denuncia por violencia doméstica; 4) el acceso a la víctima a una amplia información; 5) la adecuada protección de la víctima; 6) la tramitación urgente de los procesos por violencia doméstica; 7) el derecho a la indemnización o reparación de la víctima; y 8) la posibilidad de la mediación<sup>251</sup>.

#### **B.4. Inglaterra.**

En este país, como en otros europeos<sup>252</sup>, tampoco existe una ley especial de tratamiento de esta materia, ni un delito específico de violencia doméstica en su legislación penal.

---

*Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011, pp. 117 y ss.

<sup>251</sup> El artículo 281 CPP señala que en los casos de violencia de género sancionados con pena privativa de libertad no superior a cinco años o de otra naturaleza y siempre que lo solicite la víctima de manera libre y debidamente informada, puede el Fiscal acordar la suspensión provisional del proceso con la conformidad del Juez de instrucción y del imputado, una vez comprobado que no ha sido condenado con anterioridad por un delito de la misma naturaleza ni se hubiera hecho ya uso de esta posibilidad de suspensión provisional anteriormente por un delito de este tipo.

La suspensión, que puede ser de hasta cinco años, estará condicionada al cumplimiento por el agresor a determinadas condiciones que relata el precepto (residir o no residir en lugares determinados, el sometimiento a determinados programas, etc.). Y en función de su grado de cumplimiento, se podrá acordar el archivo final o la reapertura de la causa.

<sup>252</sup> El Código Penal Rumano tampoco cuenta con un delito específico para la violencia doméstica, aunque la promulgación en este Estado de la Ley nº 197 en el año 2000, por la que se agregaron disposiciones al Código Penal en materia de violencia y daño corporal, representan el primer reconocimiento público de este tipo de violencia como una lacra social.

Regulación a la que siguió la Ley nº 217 en el año 2003 para la prevención de la violencia doméstica, conforme se recoge en, vid., ANTAL IMOLA, ADORJANI JULIA, DAVID-KACSO, A. y LASZLO EVA: “Las mujeres víctimas de violencia doméstica: análisis del sistema de justicia penal en Rumania”, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Directora BODELÓN ENCARNA, Didot, Buenos Aires, 2012, pp. 269 y ss.

Para castigar la violencia machista se opta por aplicar el precepto penal general en que se concreten las agresiones u otras conductas delictivas, existiendo, no obstante, normas civiles y procesales al efecto.

La Ley de violencia doméstica y procedimientos matrimoniales (“Domestic violence and matrimonial proceedings Act”) faculta a los jueces para adoptar ordenes civiles de alejamiento del agresor de su víctima y de expulsión del domicilio común, con la posibilidad de dictar mandamiento de detención a la policía en caso de desobediencia de tales ordenes.

En el año 1996, la Ley civil “Family law act” recoge la “non-molestation order” y la “occupation order” que implican la orden de no importunar o intimidar a la víctima y de abandonar el domicilio familiar<sup>253</sup>.

La “non-molestation order” es una especie de orden de alejamiento destinada a evitar el uso de violencia o amenazas contra la pareja o hijo de la relación, y otras formas de hostigamiento como el envío excesivo de mensajes de texto o llamadas telefónicas.

Prohíbe dicha conducta por el demandado durante seis meses o indefinidamente, y es dictada por un Juzgado de Primera Instancia “County

---

El artículo 2.1 de la referida Ley nº 217 señala literalmente que “la violencia doméstica es cualquier tipo de acto físico o psicológico intencional ocasionado por un miembro de la familia a otro miembro de la familia que causa sufrimiento físico, psicológico o sexual o daños físicos”. El artículo 2.2 que “la violencia doméstica es también cuando se impide a las mujeres ejercer sus derechos y libertades fundamentales”.

Y con la finalidad de garantizar la integridad de la víctima/s, el Código Penal Rumano prevé como medida de seguridad, la prohibición al agresor de regresar al hogar familiar.

Con anterioridad a esta regulación, se podía intervenir en el ámbito de la violencia doméstica, al amparo de la Ley 61/1991, que castigaba las ofensas a las reglas de la vida social y el orden público, conforme a la cual se consideraba delito “echar al marido, la esposa, hija/o o cualquier otra persona dependiente”, y castigaba los insultos, las amenazas de violencia gritadas en público contra una persona, y el disturbio de la paz de quienes viven en el mismo edificio a través de ruidos o vociferaciones.

<sup>253</sup> MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho...*, cit., p. 57.

Court”. Siendo necesario para su adopción, que la persona afectada haya compartido una vivienda con su agresor.

Con la “occupation order” se regula la ocupación del domicilio familiar, por medio de la cual, el Juez puede acordar que una parte abandone el mismo, que no vuelva a ocuparlo, o que sólo ocupe una zona de dicha vivienda.

Su incumplimiento podía implicar la detención del infractor, y se castiga por medio de la Ley de delitos y víctimas de violencia doméstica de 2004 (“Domestic violence, crime and victims Act”)<sup>254</sup>, que crea el delito específico de no respetar la orden de alejamiento, con una pena de hasta cinco años de prisión. Extendiéndose la protección de la orden de alejamiento a las parejas del mismo sexo.

La Ley de protección contra el hostigamiento de 1997 (“Protection from harassment Act”) introduce el delito de hostigamiento con una pena máxima de seis meses de prisión, y el delito de causar miedo a la violencia en otra persona con una pena máxima de cinco años de prisión.

Ambos tipos penales exigen que la conducta haya ocurrido como mínimo en dos ocasiones, sin necesidad de un periodo de tiempo definido, y sin requerir ninguna relación previa entre agresor y víctima.

La comisión de alguno de los mismos podía justificar la adopción de una orden de alejamiento.

Con la Ley de delitos y desorden de 1998 (“Crime and disorder Act”), la policía y los ayuntamientos disponen de otra orden civil (“Anti-social behaviour orders”) para controlar las conductas que atentan a la paz ciudadana, y por tanto, contra la violencia doméstica, que no precisa para su adopción de la previa denuncia de la víctima.

La Ley de delitos y víctimas de violencia doméstica de 2004 ayudó a la criminalización de la violencia doméstica, mediante el refuerzo de las órdenes de

---

<sup>254</sup> Según un escrito del “home office violent crime unit” de Diciembre de 2004, una de cada cuatro mujeres y uno de cada seis hombres se verían afectados por la violencia doméstica durante sus vidas.

protección, el procesamiento de sus quebrantamientos, y convirtió la agresión en una conducta delictiva susceptible de arresto.

Según ALED WILLIAMS<sup>255</sup>, aunque no existe un delito de violencia doméstica en el ordenamiento inglés, a partir del año 2004, se impone una definición de la violencia doméstica aceptada por todos los órganos de la administración central, que considera que la misma consiste en: “cualquier ejemplo de conducta amenazante, violenta o abusiva (psicológica, física, sexual, financiera, o emocional) entre adultos que forman o han formado una pareja íntima o miembros de una familia sin tener en cuenta ni género ni sexualidad (incluyendo la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados y los delitos de honor)”.

La criminalización de la violencia doméstica no ha sido sencilla y es cuestionada (por lo menos en EEUU y Reino Unido) como método eficaz en la lucha contra la misma, puesto que el principal problema de la justicia penal en Inglaterra es que utiliza un procedimiento incidental, donde las decisiones sobre la detención, los cargos y la denuncia son evaluados en relación con el incidente individual, sobre todo de violencia física, mientras la violencia doméstica responde más a un patrón de comportamiento continuado en el tiempo con elementos de violencia psicológica y emocional<sup>256</sup>.

No obstante lo dicho, al igual que sucedió en España, en la lucha contra la violencia machista fue esencial la creación de los Juzgados especializados de violencia doméstica<sup>257</sup>, junto a la existencia de las Mesas interinstitucionales de evaluación de

---

<sup>255</sup> ALED WILLIAMS: “Nota sobre la violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal penal inglés”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005, pp. 223 y ss.

<sup>256</sup> HESTER MARIANNE: “A través del sistema penal: la experiencia de las mujeres en Inglaterra”, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Directora BODELÓN ENCARNA, Didot, Buenos Aires, 2012, pp. 235 y ss.

<sup>257</sup> Se trata de Juzgados penales de primera instancia donde los casos de violencia doméstica son tramitados de forma urgente, por personal especializado en esta materia.

riesgos y los Asesores independientes sobre violencia doméstica, que asisten y acompañan a las víctimas a través del sistema de justicia criminal.

La orden de protección de violencia doméstica implicó un avance del derecho civil en esta materia y fue aprobada como parte de la Ley de Crimen y Seguridad del 2010, sin que se precise para esta protección, la petición de la víctima, dado que la policía puede apartar al agresor de su víctima hasta un máximo de catorce días, sin necesidad de contar con el consentimiento de esta última.

### **B.5. Alemania.**

La concienciación social del problema de la violencia contra la mujer se produce en los años setenta<sup>258</sup>, con la irrupción de los movimientos feministas<sup>259</sup>.

Es en 1999 cuando se aprueba el “I Plan de acción del Gobierno federal alemán para combatir la violencia contra las mujeres”.

Al que siguieron otras actuaciones públicas, en 2002, con el inicio de un estudio “sobre la violencia contra las mujeres en Alemania” realizado por el Ministerio de asuntos familiares, gente mayor, mujeres y jóvenes que culminó en el 2004<sup>260</sup>, continuado con el “II Plan de acción del Gobierno federal alemán para combatir la violencia contra las mujeres”.

Este país tampoco cuenta con una legislación específica en relación con la violencia de género. El 11 de Diciembre de 2001 se aprueba la Ley para la protección civil ante actos de violencia y acoso (“Gewaltschutzgesetz”) para “la mejora de la protección jurisdiccional civil en supuestos de actos violentos y acoso, así como para la

---

<sup>258</sup> La primera casa de acogida para mujeres maltratadas se fundó el 1 de Noviembre de 1976.

<sup>259</sup> ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: “La violencia de género en Alemania”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 212 y ss.

<sup>260</sup> Dicho estudio refleja que el 25% de las mujeres entre 16 y 65 años han sufrido al menos una vez, la violencia machista por parte de su pareja o expareja sentimental.

facilitación del abandono de la vivienda de la pareja en supuestos de separación”, conocida como Ley de protección contra la violencia<sup>261</sup>.

Dicha ley entró en vigor el 1 de Enero de 2002, y conforme señala MARTÍNEZ GARCÍA<sup>262</sup> supone un hito en la mejora de la protección jurídica contra la violencia doméstica<sup>263</sup>. Independientemente de que se tratara de violencia en una pareja heterosexual, homosexual o de violencia contra otros parientes<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Sobre la importancia de esta norma, vid., PERRON WALTER: “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la república federal alemana”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 487 y ss.; CABRERA GRANERO, S., ABADÍA MARTÍNEZ, J.E. y MORENO RODADO, A.: “Mujer y violencia...”, cit., pp. 11-12.

<sup>262</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia...”, cit., pp. 24 y ss.

<sup>263</sup> Su regulación sigue el modelo austriaco para la protección contra la violencia en las familias, estableciendo medidas de protección policial para garantizar una protección inmediata de la víctima, medidas civiles y de asistencia social.

<sup>264</sup> En otros países como en los países nórdicos (Suecia y Finlandia), al igual que en Alemania, se hace hincapié en la violencia familiar, y no tanto de género, con independencia del sexo del sujeto activo/pasivo del delito, y de que se trate de parejas heterosexuales o homosexuales.

Someramente resulta interesante destacar:

- Respecto de Suecia:

Se promulgó en 1988 la Ley de órdenes de protección (“Lagomkontaktförbud”) para garantizar la seguridad de las víctimas de hostigamiento y acoso y dar respuesta a la violencia/amenazas padecidas por el hombre o la mujer dentro de una relación sentimental o tras la ruptura de la misma, y también a la violencia doméstica cometida por los hijos contra sus padres.

Dicha Ley fue reformada el 1 de Septiembre de 2003 para introducir “la orden de protección especialmente prolongada” y “la orden de exclusión de la vivienda”.

De forma que existen tres tipos de orden de protección: 1) “La orden de protección básica” que tiene una duración máxima de un año, y se dicta para evitar el contacto con la víctima. 2) “La orden de protección prolongada” para mantener alejado al agresor de una zona geográfica concreta. Y 3) “La orden de protección especialmente prolongada” que tiene una duración máxima de seis meses, aleja al agresor de una zona geográfica más extensa, y es aplicable en el caso de incumplimiento de una “orden de

Esta Ley considera violencia todas las lesiones intencionadas e ilícitas del cuerpo, la salud o la libertad, indiferentemente de que se produzcan en el ámbito del hogar familiar o fuera de él. Abarcando los daños físicos, la violencia psicológica y las amenazas y molestias inaceptables.

La Ley 11 de Diciembre de 2001 proporciona a las víctimas de violencia (en el ámbito doméstico o fuera de este), sean mujeres o hombres<sup>265</sup>, mecanismos para separarse de su agresor. Y establece en su articulado medidas jurídicas contra la violencia y el acoso, sin perjuicio de la sanción penal de los hechos delictivos<sup>266</sup> de violencia machista por medio de los tipos penales generales previstos en el Código Penal Alemán, como el delito de lesiones.

El Código Penal Alemán y el Código Penal Portugués disponen de preceptos contra la violencia doméstica, ubicados dentro de los delitos contra la integridad física, mientras el Código Penal Italiano sitúa la violencia doméstica dentro de los delitos contra la familia, y dentro de los delitos contra la asistencia familiar.

---

protección prolongada”. Pudiendo adoptarse también “la orden de exclusión de la vivienda” por un plazo máximo de dos meses.

Posteriormente en el 2011 con la Ley de órdenes de prohibición del contacto se permite también la adopción de la vigilancia electrónica en una orden de prohibición del contacto cuando se prohíba el acceso a las proximidades de la víctima.

- Respecto de Finlandia:

La Ley de órdenes de protección (“Lakilähestymiskielosta”) entró en vigor el 1 de Enero de 1999 con la finalidad de proteger la vida, salud o libertad de las víctimas, denominándose “orden de protección intrafamiliar” cuando se trata de evitar el acoso grave de un excónyuge o expareja que pretende entrar en contacto con su víctima o acceder a su domicilio, o cuando un hijo intenta coaccionar a sus padres, garantizándose de esta forma el alejamiento del domicilio común.

Su duración máxima es de un año, salvo si es una “orden de protección intrafamiliar” que no excede de tres meses.

<sup>265</sup> Se protege por igual al hombre y la mujer, pudiendo ser sujeto activo o pasivo de la violencia cualquiera de ellos.

<sup>266</sup> En el procedimiento penal la denuncia se transmite a la Fiscalía, que es quién decide sobre la presentación de la querrela en atención a las circunstancias del caso concreto.



El parágrafo 225 del Código Penal alemán castiga con pena de prisión de seis meses a diez años, a quién atormente, maltrate brutalmente a persona menor de dieciocho años o a una persona indefensa a causa de su debilidad o enfermedad, que esté bajo su asistencia o custodia, pertenezca a su ámbito doméstico, haya sido confiada a su autoridad por los deberes de cuidado derivados de su potestad, o se halle subordinada a él en el marco de un servicio o relación laboral, o quién mediante el abandono malicioso del deber de cuidar de ella, la dañe en su salud<sup>267</sup>.

Según el parágrafo 1º de la Ley de protección contra la violencia:

Las medidas judiciales de protección de la Ley 11 de Diciembre de 2001 ante actos violentos y de acoso, entrarán en funcionamiento cuando existan indicios fundados de que, de forma dolosa, una persona ha sufrido lesiones en su cuerpo, un menoscabo de su salud o de su libertad a manos de otra (del mismo o distinto sexo), y ésta solicite que se acuerden las medidas precisas para su protección.

Entre dichas medidas, el Juez podrá acordar que el presunto autor de los hechos se abstenga de entrar en la vivienda de la persona agredida, mantenga una determinada distancia de su vivienda, se abstenga de acudir a determinados lugares o de comunicarse con la víctima, y que se abstenga de provocar ningún encuentro con la persona agredida, salvo que fuera necesario o estuviere justificado.

También puede acordar la asignación del domicilio compartido para el uso en exclusiva de la víctima de la violencia, indemnizaciones por daños físicos y personales,

---

<sup>267</sup> Mientras otros textos legales como el Código Penal Sueco optan por remitirse a los delitos genéricos con fijación de una sanción específica para las violencias reiteradas contra personas cercanas, recogiendo expresamente el supuesto de violencia cometida por un hombre contra una mujer con la que mantiene o mantuvo relación sentimental.

En esta línea, el Código Penal Sueco castiga con pena de seis meses a seis años de privación de libertad, a quién cometiera los delitos regulados en los capítulos 3, 4 y 6 de dicho Cuerpo Legal, de manera reiterada, contra una persona cercana o que lo fue en el pasado, sometiéndola a tratos degradantes y humillantes. Señalando expresamente, que la misma pena se impondría si tales hechos fueran cometidos por un hombre contra una mujer con la que está o estuvo casado o con quién convive o convivió en una relación similar al matrimonio.

la concesión de la patria potestad exclusiva a la víctima o limitaciones del derecho de visitas de los hijos menores de edad.

Tales medidas serían de aplicación, según el apartado segundo del párrafo 1º:

1) cuando una persona haya amenazado a otra con matarla o con causarle lesión, o menoscabo en su salud o libertad; y

2) cuando una persona, de forma dolosa y contraria a derecho, haya irrumpido en la vivienda de otra o en sus propiedades, o cuando inaceptablemente la hostigue a través de otra persona, incluso contra la voluntad expresa y reiterada de la víctima, o cuando la persiga utilizando medios de comunicación a distancia<sup>268</sup>.

Antes incluso de que la autoridad judicial acuerde las medidas de protección pertinentes, conforme a las normas policiales que rigen en los distintos Estados federados, la policía<sup>269</sup> también puede expulsar a una persona de su vivienda o del entorno inmediato para proteger a la víctima o personas que habiten el domicilio, con independencia de su sexo, y puede mantener bajo custodia al agresor hasta que cumpla la orden de abandonar la vivienda común<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> De dicha regulación se desprende que dichas medidas pueden acordarse no sólo en un contexto de violencia doméstica/de género, sino en casos de allanamiento de morada o de acoso. Conductas que son punibles a través del párrafo 238 CP.

<sup>269</sup> La Ley policial de Baden-Württemberg faculta a la policía para expulsar a una persona de su vivienda y de su entorno más próximo, cuando sea necesario para proteger a la persona con la que convive, con independencia de su sexo, que haya sido agredida o amenazada, siempre que la situación de riesgo inminente lo aconseje, con una duración máxima de hasta dos semanas.

Plazo que se puede ampliar dos semanas más, en caso de resultar necesario, en el supuesto de que antes que concluya el plazo inicial, la víctima solicitare una orden de protección civil.

<sup>270</sup> Alguno de estos Estados federados autorizan a su policía para efectuar la expulsión de dicha vivienda por varios días, con la finalidad de posibilitar que la víctima reciba asesoramiento, inicie las acciones civiles, y solicite del órgano judicial las medidas de protección necesarias.

Señala DE HOYOS SANCHO<sup>271</sup> que el elemento nuclear de la Ley de protección contra la violencia es la regulación que efectúa del abandono o salida obligatoria de la vivienda del agresor.

La competencia para adoptar la orden de protección jurisdiccional civil se atribuye a los Tribunales de familia (“Familiengericht”)<sup>272</sup>, mediante un procedimiento sencillo, que comienza con la solicitud de la persona agredida que puede dirigir indistintamente, ante el tribunal donde se cometieron las agresiones, donde se ubica la vivienda común, o donde resida habitualmente el solicitante.

Debiendo la víctima dentro de los tres meses siguientes a los hechos violentos, cursar por escrito al autor de la agresión, la solicitud de salida del domicilio común<sup>273</sup>.

---

Por tanto, estas medidas de protección policiales tienen un carácter meramente provisional muy limitado en el tiempo, en tanto se insta la tutela judicial y se adoptan medidas de protección civiles por los Tribunales de familia o civiles.

<sup>271</sup> Sobre dicha regulación, vid., DE HOYOS SANCHO, M.: “Aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de la violencia doméstica en Alemania”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011, pp. 87 y ss.

<sup>272</sup> Este órgano judicial es el competente al ser el autor y la víctima pareja o expareja con convivencia, dado que si no existe convivencia la competencia judicial se atribuye a los Tribunales ordinarios civiles (“Amtsgericht”).

<sup>273</sup> Señala el párrafo 2º de la Ley de protección contra la violencia que la utilización de la vivienda exclusivamente por la víctima puede ser una medida indefinida en el tiempo, si es propietaria o el contrato de arrendamiento está a su nombre.

En el caso de que ambos sean propietarios o arrendatarios o si fuera del agresor, la atribución de la utilización exclusiva a la víctima, sólo podrá ser por un plazo máximo de seis meses, que puede ampliarse por otro plazo máximo de seis meses, si la víctima no encontrara otra vivienda donde residir.

Debiendo abonar la víctima que no fuera propietaria o arrendataria, la compensación económica correspondiente por su uso por razones de equidad, que no tiene que coincidir necesariamente con el importe de su alquiler.

De dicha regulación se desprende que en los países miembros de la Unión Europea, existen dos modelos de protección de las víctimas de la violencia de género, en unos, la competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales penales como en España, y en otros, como en Alemania o en Austria, las medidas de protección de estas víctimas (las ordenes de alejamiento, las prohibiciones de comunicación) son acordadas por órganos jurisdiccionales civiles<sup>274</sup>.

Y los matices de “género” desaparecen en el sentido que le otorga el legislador español tanto en Alemania como en Países nórdicos<sup>275</sup>.

### **B.6. Austria.**

El reproche penal de actos constitutivos de violencia contra la mujer se realiza conforme a los tipos generales previstos en el Código Penal.

La primera Ley austriaca para la protección contra la violencia en el ámbito familiar (“Gewaltschutzgesetz”), la Ley federal 759/1996, de 30 de Diciembre, entra en vigor el 1 de Mayo de 1997, con la finalidad de otorgar la debida protección a las víctimas de la violencia doméstica<sup>276</sup>.

---

En el caso de que agresor y víctima estuvieran casados se aplicaría el parágrafo 1361b del Código Civil alemán (BGB) que regula la división del patrimonio común y el uso de la vivienda común. Precepto que establece el obligado abandono del domicilio conyugal por el cónyuge agresor.

Regulación similar a la establecida en la Ley de parejas de hecho alemana en los casos de matrimonios del mismo sexo.

<sup>274</sup> DE HOYOS SANCHO, M.: “Las medidas de protección de las víctimas de violencia de género desde el ámbito jurisdiccional civil en los ordenamientos alemán y austriaco”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 230 y ss.

<sup>275</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia...”, cit., p. 31.

<sup>276</sup> DE HOYOS SANCHO, M.: “Las medidas...”, cit., pp. 240 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M.: “Principales elementos de la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de violencia doméstica en Austria”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011, pp. 97 y ss.

Supuso una intervención integral en materia de violencia contra la mujer y la infancia, ya que modificó el Código Penal, el Código Civil y las Leyes procesales.

Dicha Ley establece una serie de medidas civiles que coexisten con el Código Penal, en cuanto castiga las acciones violentas subsumibles en la normativa penal<sup>277</sup>.

Fue complementada con modificaciones en las Leyes de Policía (“Sicherheitspolizeigesetzes”), con la entrada en vigor de la Ordenanza de Ejecuciones (“Exekutionsordnung”), el 1 de Enero de 2004, y con la promulgación de la 2ª Ley para la protección contra la violencia (“Zweiten Gewaltschutzgesetz”), que implica modificaciones en los presupuestos de las ordenes cautelares para la protección de la víctima desde el orden civil.

Dicha regulación autoriza a la policía a expulsar de la vivienda común a los que pongan en peligro la integridad física/psíquica de los que conviven en ella. Impone una prohibición de retorno al agresor, y posibilita al agredido acudir a la autoridad judicial para solicitar una “orden cautelar” jurisdiccional (“Einstweilige Verfügung”) de duración limitada en la norma, pero menos interina que las medidas policiales.

Así el párrafo 382 apartado b) de la Executionsordnung regula una orden de protección a la víctima denominada “protección en supuestos de violencia doméstica” (“Schutz vor Gewalt in Wohnungen”), que será acordada por el Tribunal de residencia de la víctima (“Bezirksgericht”) cuando una persona haya sufrido una agresión física, una amenaza, o una agresión psíquica por la que resulte inasumible la vida en común, por medio de la cual se ordena al agresor que abandone la vivienda y sus inmediaciones, y se le prohíbe retornar a la misma<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género ...*, cit., pp. 73 y ss.

<sup>278</sup> La duración de esta medida de protección puede llegar a los seis meses, y en el caso de que se inicie un proceso de separación o divorcio, podrá mantenerse hasta que finalice este proceso.

El párrafo 382 apartado e) del referido texto legal regula “la protección general en supuestos de violencia” (“Allgemeiner Schutz vor Gewalt”), que puede adoptarse por el Tribunal, como medida cautelar, cuando una persona haya sufrido una agresión física, una amenaza, o una agresión psíquica por la que resulte inasumible para la víctima volver a encontrarse a su agresor.

Por medio de la misma se prohíbe al agresor permanecer en un espacio determinado y se le impone la obligación de evitar todo tipo de contacto con la víctima<sup>279</sup>.

El párrafo 382 apartado g) de la Executionsordnung regula “la protección ante ingerencias en la vida privada” (“Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre”) por la que se adopta la medida cautelar ante supuestos de acoso previstos en el párrafo 107 b) del Código Penal, de violencia continuada, por actos que individualmente considerados no son graves pero que en conjunto y de forma reiterada, deben ser castigados.

Por tanto, con independencia de la vía penal, las víctimas de acoso pueden solicitar ante los tribunales civiles de su lugar de residencia medidas cautelares para evitar la intromisión en su vida privada.

Como la prohibición de contactar personalmente con la víctima o de perseguirla, de contactar por carta, teléfono u otra forma telemática, de permanecer en determinado lugar, de transmitir datos personales o fotos de la víctima, de encargar servicios con el nombre de la víctima, o de provocar el contacto con la misma por medio de un tercero<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Esta medida puede durar hasta un año, y si el agresor la incumple, puede ampliarse su duración un año más, e incluso puede combinarse con la orden de expulsión del domicilio común.

<sup>280</sup> Su duración máxima es de un año, pero puede prorrogarse en caso de incumplimiento del agresor o durante la tramitación del proceso penal por el delito de acoso.

Y al igual que ocurre en el Derecho Alemán, con carácter previo a la decisión judicial, la policía está facultada para la expulsión del agresor de la vivienda común y para prohibirle regresar a ella, en caso de ser preciso<sup>281</sup>.

### **B.7. EEUU.**

El reconocimiento de la violencia de género y doméstica como un problema que requiere la intervención de los órganos judiciales, más allá de la privacidad de la familia es reciente en los Estados Unidos<sup>282</sup>.

Los logros de los derechos estatales y federal de los EEUU en esta materia son significativos, “al superar las reglas centenarias del Common Law que impedían considerar al cónyuge de la víctima reo de los delitos contra la integridad física y abusos sexuales, haciendo lo propio con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y con la inmunidad conyugal en sede de responsabilidad civil, y poniendo a disposición de las víctimas remedios civiles y medidas asistenciales y preventivas”<sup>283</sup>.

Hasta el último tercio del siglo XX la práctica totalidad de legislaciones estatales preveían una eximente completa de responsabilidad

---

<sup>281</sup> Esta medida policial (“Wegweisung und Betretungsverbot durch die Polizei”) que no tiene porque ir seguida de una orden jurisdiccional de protección, puede tener una duración de hasta dos semanas, y la policía vigilará su cumplimiento dentro de los tres días siguientes a su adopción.

En el caso de que dentro del plazo de las dos semanas referidas, se solicitara una orden judicial de protección, la medida policial podría durar hasta cuatro semanas.

<sup>282</sup> LUIS SALAS y CARAZO JOHANNING, A.T.: “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 15 y ss.

Según la policía americana, las llamadas pidiendo auxilio por violencia doméstica representan entre el 15% a más del 50% del total de las llamadas recibidas por las fuerzas del orden público.

<sup>283</sup> AZAGRA MALO, A. y FARNÓS AMORÓS, E.: “La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 4, Barcelona, 2006, p. 15.

penal (“marital o spousal exemption”), de acuerdo con la cual no se podía ser reo del delito de agresiones sexuales cometidas contra el propio cónyuge. Eximente actualmente derogada.

La Married Women’s Act estadounidense admite la acción contra el otro cónyuge por los daños dolosos o negligentes causados por el mismo. Reconociendo expresamente algunas normas estatales el derecho de las víctimas de violencia doméstica al remedio civil como el § 1708.6 del Código Civil de California (“California Civil Code”), que considera la violencia doméstica como un ilícito civil.

En 1871, Alabama se convierte en el primer Estado norteamericano en revocar el derecho del marido a castigar a su esposa, que se remontaba a la legislación feudal inglesa y a las leyes romanas, al considerar que ningún hombre tiene derecho a golpear a su esposa, dado que tiene los mismos derechos civiles y políticos que su pareja.

Posición que fue seguida posteriormente por otros Estados, como Maryland (1882), Delaware (1901) y Oregón (1906), quienes promulgaron leyes contra el abuso familiar.

Con anterioridad a 1977, ninguno de los Estados norteamericanos tenía leyes que autorizaran la detención policial en casos de violencia doméstica sin orden judicial, a menos que los agentes presenciaran la agresión.

Y es en dicho año, cuando el Estado de Pensilvania dicta una serie de medidas para la protección contra los actos de abuso producidos en el ámbito familiar.

En la regulación penal de EEUU<sup>284</sup> no existe una agravante del tipo penal en razón del género de la víctima.

---

<sup>284</sup> Sobre esta materia, vid., CARAZO JOHANNING, A.T. y JURI, M.M.: “El tratamiento de la violencia doméstica en los Estados Unidos: visión histórica y aspectos procesales”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007, pp. 573 y ss.



Según la Oficina federal sobre Violencia de Género del Departamento de Justicia de este país (“Office on Violence against Women”) constituye violencia doméstica “la conducta abusiva de un cónyuge o miembro de una pareja, sea o no conviviente, que tiene como finalidad ejercer control o poder sobre el otro. En concreto, constituyen violencia doméstica los abusos físicos, sexuales, emocionales, económicos y psicológicos”.

La violencia doméstica, según la sección 741.28 de los Estatutos de Florida se entiende como “cualquier asalto, asalto agravado, agresión, agresión agravada, asalto sexual, agresión sexual, acoso, acoso agravado, secuestro, privación ilegítima de libertad, o cualquier ofensa de tipo penal que resulte en daño físico o muerte de un miembro de una familia o núcleo familiar cometido por otro miembro de la familia o núcleo familiar”,<sup>285</sup>.

Conforme el apartado b del § 13700 del Código Penal de California:

“Concurre violencia doméstica cuando el abuso tiene como víctima a un adulto o a un menor que, a su vez, es la mujer o ex mujer, conviviente o ex conviviente del sospechoso, o una persona con quien aquél haya tenido o vaya a tener un hijo, o haya tenido una relación de pareja.

A los efectos de este apartado, se entiende por “convivientes” dos adultos sin vínculo familiar que vivan juntos durante un período de tiempo sustancial, de modo que en la relación entre ellos exista alguna forma de permanencia. Los factores que pueden determinar si las personas están conviviendo son, entre otros y no exclusivamente, los siguientes: (1) las relaciones sexuales entre las partes mientras comparten las mismas habitaciones; (2) el reparto de ingresos o gastos; (3) el uso o titularidad conjunta de

---

<sup>285</sup> Por miembro del núcleo familiar se considera al cónyuge actual o anterior, las personas relacionadas por sangre o matrimonio, las personas que conviven juntos en la actualidad o lo han hecho en el pasado, y los padres de un hijo en común.

Y con excepción de estos últimos, es necesario que las personas hayan convivido juntas en algún momento.

propiedades; (4) la conciencia de formar una unión similar a la de marido y mujer; (5) el carácter continuo de la relación; (6) la duración de la relación”.

La primera norma federal en sede de violencia doméstica es la “Family Violence Prevention and Services Act” de 1984, que establece un plan de asistencia a las víctimas de esta violencia, con la creación de centros de acogida y ayudas económicas.

En 1994 se promulga la Ley federal contra la violencia en contra de las mujeres (“Violence Against Women Act”), conocida por las siglas VAWA<sup>286</sup>.

En ella se reconoce expresamente el derecho a vivir libre de la violencia generada en virtud de género, y se adoptan diversas medidas para luchar contra la misma, pudiendo ser sujeto activo de la violencia doméstica, el esposo/a, exesposo/a, la persona que tiene un hijo en común con la víctima, o la persona que cohabita o ha cohabitado con ella.

En 1996 se promulga la Ley de control del crimen también dirigida a la lucha contra este tipo de violencia.

Y algunos Estados, como Massachusetts en 1999, aprobaron leyes que obligaban al arresto y a la adopción de medidas de restricción en los casos de violencia doméstica, al considerar dicha violencia como un delito grave que debía ser sancionado con independencia de los sentimientos de la víctima.

Con la referida VAWA de 1994, y su enmienda de 2000<sup>287</sup>, conocida por las siglas VAWA II<sup>288</sup>, y con la Ley de víctimas de tráfico de personas y protección contra

---

<sup>286</sup> Supuso el reconocimiento de la violencia doméstica y el asalto sexual como delitos y es parte de la “Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994”. Así como implicó la creación de la Oficina sobre la violencia contra la mujer del Departamento de Justicia (“Office on Violence against women”).

<sup>287</sup> Se añade el asedio (“stalking”) y la violencia en una cita (“dating violence”) como delitos, y otorga más financiación para nuevos programas de ayuda legal y asistencial a las víctimas (“Violence against women Act of 2000”).

la violencia, se amplia la protección a la víctimas con independencia de su status migratorio, incluyendo incluso a los inmigrantes ilegales<sup>289</sup>.

Fruto de esta normativa se tipifica en el capítulo 18 USC 110A del United States Code distintas conductas delictivas:

- El § 2261 (a) (1) tipifica como delito federal viajar entre Estados, entrar o salir de una reserva india o viajar por las aguas o territorio jurisdiccionales de los Estados Unidos, para matar, lesionar, acosar o intimidar al cónyuge o ex cónyuge, pareja o ex pareja (conviviente o no) o al otro progenitor del hijo del actor.

El tipo exige la comisión o tentativa de comisión de tales delitos de acuerdo con la legislación estatal o federal aplicable.

- El § 2261 (a) (2) tipifica como delito federal obligar a abandonar un Estado a las mismas personas que se han indicado en el párrafo anterior mediante el uso de la fuerza física, amenazas, extorsión o fraude.

El tipo exige, además, la comisión de un crimen que implique el uso de violencia.

- El § 2262 (a) (1) tipifica como delito federal viajar entre Estados, por el espacio marítimo o por el territorio jurisdiccional de los Estados Unidos, así como

---

Programas que se ampliaron también en el 2005 (“Violence against women and Department of Justice Reauthorization Act of 2005”).

<sup>288</sup> Con VAWA II se obliga a que cada Estado reconociera las sanciones penales impuestas por otro Estado y las órdenes relativas a medidas de protección. Se añade la violencia en el noviazgo al concepto de violencia doméstica. Y permite que en casos de emergencia, las órdenes de protección sean ejecutadas, sin que exista previa inscripción o registro.

<sup>289</sup> Como consecuencia de dicha normativa, a la mujer inmigrante, víctima de la violencia machista, se le atribuye la posibilidad de regular su situación migratoria por su propia solicitud, sin necesidad de contar con su cónyuge agresor, obtener la cancelación de su proceso de expulsión, y la obtención de un visado especial que le permite permanecer legalmente en los Estados Unidos.

entrar o salir de una reserva india para infringir una orden de protección contra la violencia, amenazas, acoso, comunicación o proximidad física del reo.

El tipo exige la infracción efectiva de la orden que, a su vez, de acuerdo con la legislación estatal que resulte aplicable, constituirá delito, falta o desacato al Tribunal.

- El § 2262 (a) (2) tipifica como delito federal el uso de la fuerza física, amenazas, extorsión o fraude para inducir a alguien a cruzar la frontera de un Estado o a entrar o salir de una reserva india para infringir las provisiones de una orden de protección que prohíben o amparan contra la violencia, amenazas, acoso, comunicación o proximidad física del reo.

De nuevo, el tipo exige la infracción efectiva de la orden.

Todos estos delitos tienen asociadas penas de privación de libertad comprendidas entre cinco años (en los casos en que no existen lesiones) y cadena perpetua (cuando se produce el fallecimiento de la víctima).

Con la finalidad de la debida protección de estas víctimas se llevan a término diversas medidas, como la adopción de políticas policiales tendentes a la inmediata detención del agresor, la creación de unidades especializadas en las Fiscalías y en los Tribunales, la creación de programas de tratamiento para los maltratadores como condición previa para la libertad condicional, la aplicación de ordenes de protección y de restricción, y la creación de un tipo penal para castigar la violencia doméstica o familiar que antes se castigaba conforme los tipos penales de lesiones y agresiones, etc.

En la mayoría de los Estados, como en Florida, la persona que ha sufrido abuso físico o sexual o amenazas de un miembro de su núcleo familiar, ha sido víctima o demuestre causa razonable para temer que se encuentra en peligro inminente de padecer violencia doméstica puede solicitar ante los Tribunales especializados en violencia doméstica, la adopción de una orden de protección por la comisión de este tipo de violencia, para evitar el contacto con la víctima.

Esta orden de protección puede ser temporal o definitiva.

La primera suele ser emitida por la autoridad judicial, tras oír a la víctima y analizar las pruebas presentadas, con la finalidad de otorgar una protección inmediata a

la misma, y sin la audiencia del agresor, y surte sus efectos una vez notificada al agresor, por un periodo de tiempo que normalmente no excede de quince días, y dentro del cual se lleva a término, una audiencia de todas las partes para valorar la necesidad de adoptar una orden definitiva.

La orden definitiva es adoptada tras escuchar a ambas partes y analizar las evidencias presentadas, con los mismos efectos que la temporal, pero con una duración mayor, siendo criterio judicial la duración de la misma.

El sistema de protección a la víctimas de violencia doméstica es parecido al español, dado que tras la “petition for an order of protection” y la celebración de la pertinente Comparecencia en la que se escucha a las partes, se puede acordar el alejamiento del agresor de la víctima y de su entorno, la retirada de armas, medidas civiles, etc.<sup>290</sup>.

La “order of protection” es de aplicación en los supuestos de violencia doméstica acaecida entre quienes estén o hayan estado casados, quienes estén o hayan estado viviendo juntos, quienes tengan hijos en común, o quienes sean parientes por vínculos de sangre o por vínculos por casamiento.

### **B.8. Latinoamérica, con especial referencia a México.**

Conforme se ha expuesto anteriormente y pone de relieve MAGARIÑOS YÁÑEZ<sup>291</sup>, el eje de la legislación latinoamericana en materia de violencia de género está constituido por la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer de 1994 (Convención de Belém do Pará).

---

<sup>290</sup> VELASCO NUÑEZ, E.: “La protección...”, cit., pp. 145 y ss.

<sup>291</sup> MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho...*, cit., pp. 57 y ss.

Y ello porque las distintas legislaciones nacionales se han limitado a trasponer a su derecho interno, el contenido de dicha Convención, conforme se constata en las distintas leyes latinoamericanas existentes en esta materia<sup>292</sup>.

Con la excepción de Puerto Rico, cuya Ley n° 54, de 15 de Agosto de 1989, para la Prevención e Intervención en la Violencia doméstica fue la primera ley integral que se aprobó en Latinoamérica.

La misma atribuye a los jueces de familia, la posibilidad de dictar una orden de protección, en la que se pueden adoptar medidas de expulsión del agresor, protección a la víctima, pensión económica a la mujer e hijos, e indemnizaciones civiles, la atribución provisional de la custodia de los menores y la prohibición de disponer de los bienes de las víctimas o de la sociedad conyugal.

Como señala MONTALBÁN HUERTAS<sup>293</sup>, las Leyes especiales de protección a la mujer y contra la violencia doméstica dictadas por distintos países latinoamericanos suelen utilizar el término “violencia doméstica” o “violencia intrafamiliar”, y lo integran con la clave de la familiaridad o parentesco en un sentido amplio, comprendiendo tanto la relación matrimonial como la de hecho o la puntual con ocasión de la procreación, aún cuando haya finalizado la relación.

No exigen convivencia actual para la aplicación de dicha Ley especial, resultando suficiente la existencia de una relación afectiva, con convivencia o sin ella.

Estas Leyes especiales latinoamericanas suelen ofrecer completas definiciones de las posibles clases de violencia doméstica, e incluso algunas distinguen entre violencia física, psicológica, sexual y patrimonial, aunque en ocasiones, la patrimonial aparece como modalidad de la psicológica como ocurre en la Ley para la Prevención e Intervención en la Violencia Doméstica de Puerto Rico n° 54, de 15 de Agosto de 1989.

Esta Ley en su artículo 1.3 señala que “la violencia psicológica significa un patrón de conducta constante ejercitada en deshonra, descrédito,

---

<sup>292</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

<sup>293</sup> MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género...*, cit., p. 24.

o menosprecio al valor personal, limitación irrazonable al acceso y manejo de los bienes comunes, chantaje, vigilancia constante, aislamiento, privación de acceso a alimentación o descanso adecuado, amenazas de privar de la custodia de los hijos o hijas, o destrucción de objetos apreciados por la persona, excepto aquellos que pertenecen privativamente al ofensor”.

Algunas de estas Leyes tienen naturaleza eminentemente preventiva (que se aplican en el caso de que los hechos no sean constitutivos de infracción penal) como las de Argentina, Costa Rica y Uruguay.

Y otras, son leyes integrales con respuesta punitiva (que además de establecer medidas de prevención para los casos no constitutivos de delito, fijan un sistema sancionador y punitivo) como son las de Puerto Rico (que establece figuras penales específicas), o las de Bolivia, Chile y Honduras (que instauran un sistema sancionador no penal).

A grandes rasgos, la mayoría de estos ordenamientos introducen definiciones de la violencia doméstica y sus distintas manifestaciones (violencia física, psíquica, sexual y patrimonial).

Se configuran como sujetos pasivos de esta violencia, no sólo a la esposa, sino también al que sea o haya sido pareja, ascendientes, descendientes y otros menores que convivan con el agresor. Y se distingue entre las conductas constitutivas de delito que se remiten al orden penal, del resto de las conductas que se remiten al orden civil.

Veamos someramente dicha normativa:

- En Argentina<sup>294</sup>, se aprobó la Ley n° 24.417, de 7 de Diciembre de 1994, de protección contra la violencia familiar.

Esta Ley atribuye al Juez de familia, la respuesta preventiva a la violencia en los hogares, tras un rápido procedimiento que se inicia con la

---

<sup>294</sup> También en la provincia de Neuquén se promulgó la Ley n° 2.212 sobre la violencia intrafamiliar de 1993, y en la provincia de Santa Fe, la Ley n° 11.529 sobre la violencia intrafamiliar de 1993.

denuncia de la persona que sufre lesiones o malos tratos psíquicos por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar.

El Juez puede adoptar la medida cautelar de expulsión del agresor del domicilio familiar (sin perjuicio de su posible adopción también en el proceso penal), y convoca a las partes y al Ministerio Fiscal en el plazo de 48 horas a una “audiencia de mediación” donde a la vista de los informes periciales de parte o practicados de oficio, instará la asistencia a programas educativos y terapéuticos.

También se establece la obligación de comunicar toda denuncia al Consejo Nacional del Menor y la Familia para coordinar los servicios públicos y privados existentes al efecto.

- En Panamá, se promulgó la Ley nº 27, de 16 de Junio de 1995, sobre delitos de violencia intrafamiliar y maltrato de menores. Modificada por la Ley nº 38, de 10 de Julio de 2001, que reforma el Código Penal, sobre violencia doméstica y maltrato al niño, niña y adolescente.

- En Ecuador, se aprobó la Ley nº 103, de 29 de Noviembre de 1995, contra la violencia a la mujer y la familia.

- En Bolivia, se promulgó la Ley nº 1.674, de 15 de Diciembre de 1995, contra la violencia en la familia o doméstica.

Esta Ley se remite a su legislación penal para los casos constitutivos de delito.

Y para el resto de supuestos de violencia, la víctima puede elegir entre acudir a la jurisdicción civil o penal.

Las medidas de protección que el juez civil o penal acuerde no podrán durar menos de un mes ni más de seis meses, salvo solicitud de prórroga o petición de cese anticipado por la víctima.

Pudiendo imponerse en la jurisdicción civil, sanciones como multa o arresto por hechos no constitutivos de delito.



- En Costa Rica, se aprobó la Ley n° 7.586, de 25 de Marzo de 1996, contra la violencia doméstica, y la Ley n° 8.589, de 25 de Abril de 2007, de penalización de la violencia contra las mujeres<sup>295</sup>.

La Ley n° 7.586, de 25 de Marzo de 1996 (que fue seguida de manera casi literal por el Decreto Ley n° 97, de 25 de Noviembre de 1996, de Guatemala), en su artículo 2, define esta violencia como toda “acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial”.

Particularmente, define la violencia psicológica como “toda acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias, y decisiones de otras personas por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”.

Define la violencia patrimonial como “toda acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos o instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos y recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas anteriormente”.

Atribuye a los Juzgados de Familia también la competencia para adoptar las medidas de protección que se relatan en su artículo 3, como son, entre otras, la orden de expulsión del domicilio, la prohibición y decomiso de armas, la suspensión provisional al agresor del derecho de educar o de visitar a los hijos menores, la prohibición de acceso al domicilio de la víctima o de comunicación con el grupo familiar, la orden de embargo preventivo de los bienes del agresor y de reparación de los daños causados a la persona agredida, y la fijación a la víctima de un domicilio distinto al común si lo solicita.

---

<sup>295</sup> Ley de penalización de la violencia contra las mujeres de Costa Rica es de aplicación en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Y establece la posibilidad de penas alternativas a la prisión, en casos determinados, atendiendo al criterio de la víctima.

Dichas medidas se pueden solicitar verbalmente o por escrito, por medio de un procedimiento sencillo. Y el incumplimiento de las mismas se configura como delito de desobediencia a la autoridad.

Por otra parte, la Ley n° 8589, de 25 de Abril de 2007, define el femicidio como el acto de dar muerte a cualquier mujer con la que el agresor mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

- En Colombia, se promulgó la Ley n° 294, de 16 de Julio de 1996, para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, y la Ley n° 1.257 de 2008 de violencia contra las mujeres<sup>296</sup>.

La Ley 1.257 de 2008 establece normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra la mujer.

Castigando más gravemente el art. 103 de su Código Penal, el homicidio cuando se comete por el sólo hecho de ser la víctima una mujer, y el art. 135 de su Código Penal, si el delito se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

- En Nicaragua, se aprobó la Ley n° 230, de 19 de Septiembre de 1996, de reformas y adiciones al Código Penal para prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar, que penaliza expresamente la violencia psicológica y establece medidas de protección a la víctima.

- En Guatemala, se promulgó el Decreto Ley n° 97, de 25 de Noviembre de 1996, para la prevención, sanción y erradicación de la violencia intrafamiliar. Y la Ley de 2008 contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> La Ley de violencia contra las mujeres de Colombia implica el endurecimiento de las penas para los agresores, y contempla la posibilidad de la mediación para lograr el cese de la violencia.

<sup>297</sup> La Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer de Guatemala castiga con la pena de prisión de 25 a 50 años, la muerte de la mujer cuando concurren determinadas circunstancias, entre las que incluye, las relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral. Sin que sea posible la reducción de la pena, ni la aplicación de ninguna medida sustitutiva.

## *Derecho Comparado.*

Esta última Ley define el femicidio como “la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres”.

- En El Salvador, se aprobó el Decreto Ley n° 902, de 28 de Noviembre de 1996, contra la violencia intrafamiliar. Y la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, de 4 de Mayo de 2011.

Esta última disposición legal regula en su artículo 45 el delito de feminicidio que consiste en dar muerte a una mujer “mediando motivos de odio o menosprecio a su condición de mujer”, otorgando una definición auténtica de lo que debe entenderse por tales motivos.

En su artículo 46 tipifica el feminicidio agravado si el autor tiene algún vínculo de familiaridad con la víctima. Y en su artículo 47, regula el suicidio feminicida por inducción o ayuda.

- En República Dominicana, se promulgó la Ley n° 24-97, de 27 de Enero de 1997, que introduce modificaciones al Código Penal, al Código de Procedimiento Criminal y al Código para la protección de niños, niñas y adolescentes, y tipifica el delito de violencia doméstica.

- En Perú<sup>298</sup>, se aprobó la Ley n° 26.260, de 25 de Junio de 1997, de protección frente a la violencia familiar.

- En Honduras, se promulgó el Decreto Ley n° 132-97, de 15 de Noviembre de 1997, contra la violencia doméstica.

La Ley integral contra la violencia doméstica distingue entre hechos de violencia doméstica calificados como delito por su Código Penal y los hechos que no lo están.

---

<sup>298</sup> Sobre esta materia, vid., BENDEZÚ BARNUEVO, R.F.: “La violencia contra la mujer en el Perú: Una perspectiva jurídico-penal”, Trabajo fin de Master, Directora ELÓSEGUI ITXASO, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2012.

Atribuyendo en este último caso a la jurisdicción civil, la adopción de medidas preventivas de seguridad (dirigidas al cese de la situación de violencia, con una vigencia temporal no inferior a dos semanas ni superior a dos meses), medidas precautorias (orientadas a la reeducación del agresor y a la elevación de la autoestima de la mujer para prevenir dicha violencia), o medidas cautelares (para garantizar el cumplimiento de las responsabilidades familiares del agresor).

En el caso de incumplimiento de las medidas de prevención o de reiteración en la violencia doméstica, el Juez penal puede imponer la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad y sancionar la conducta delictiva.

- En Venezuela, se aprobó la Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia de Septiembre de 1998. Y la Ley de 19 de Marzo de 2007, sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia<sup>299</sup>.

- En Paraguay, se promulgó la Ley n° 1.600, de 6 de Octubre de 2000, contra la violencia doméstica.

- En Uruguay, se aprobó la Ley n° 17.514, de 2 de Julio de 2002, de violencia doméstica.

Esta Ley señala en su artículo 2 que “constituye violencia doméstica toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho”.

---

<sup>299</sup> Esta Ley de 19 de Marzo de 2007 tiene un contenido similar a la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, de 1 de Febrero de 2007, de México, y se dicta para fortalecer el marco penal y procesal vigente, con la finalidad de otorgar una protección integral de las mujeres, desde las instancias jurisdiccionales.

Configura como delitos la violencia física en el ámbito doméstico, la violencia laboral y la institucional.

## *Derecho Comparado.*

Atribuye al Juez de Familia, la adopción de medidas cautelares por medio de un sencillo procedimiento, regula las cuestiones no penales de la violencia doméstica, y contiene una disposición específica para la coordinación de actuaciones entre los Juzgados con competencia en materia penal y los Juzgados de Familia competentes en materia de violencia doméstica.

- En Chile, se promulgó la Ley n° 20.066, de 22 de Septiembre de 2005, de violencia intrafamiliar.

La Ley n° 19.325, de Agosto de 1994, relativa a normas de “Procedimiento y Sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar” señala tres clases de sanciones por la comisión de hechos de violencia no descritos en la normativa penal, consistentes en la asistencia obligatoria a programas terapéuticos y de orientación familiar por un plazo no superior a seis meses, multa de uno a diez días o arresto sustitutorio en caso de impago, y prisión.

Estas dos últimas sanciones podían ser sustituidas por trabajos en beneficio de la comunidad. Y el incumplimiento por el imputado de la media precautoria impuesta se configura como circunstancia agravante en el proceso penal y podía ser sancionada con arresto de hasta quince días por el Juez civil.

Posteriormente, la Ley n° 20.480 por la que se modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, modifica el artículo 390 del Código Penal Chileno que regula el delito de parricidio para denominar a tal delito femicidio, si la víctima es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor.

- En Brasil, se aprobó la Ley n° 11.340, de 7 de Agosto de 2006.

- Y en México, se promulgó la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, de 1 de Febrero de 2007<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> En México, no obstante el reconocimiento formal y jurídico de la lucha contra la violencia sobre las mujeres, los frecuentes asesinatos de mujeres por hombres por el hecho de ser mujeres (feminicidios), en poblaciones como Ciudad Juárez ha llevado ante la ineptitud de las instituciones públicas implicadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 10 de Diciembre de 2009, en la Sentencia “González y otras versus México” (conocida como “Campo Algodonero”), a determinar la

Por último, mención específica merece la regulación de esta materia en este último país, donde es públicamente conocida por las publicaciones periodísticas existentes al respecto la situación de especial vulnerabilidad de la mujer<sup>301</sup>.

México suscribió en 1980, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas de 1979. E igualmente, en 1996, suscribió la Convención de Belém do Pará de 1994<sup>302</sup>.

Pero no es hasta Julio de 1996 cuando se promulga la primera Ley de Asistencia y Prevención de la violencia familiar del Distrito Federal, y un año después su Reglamento, regulación que sirvió de referente para la mayoría de los Estados que componen este país, que han dictado normativas específicas en el ámbito civil y penal para luchar contra la violencia familiar siguiendo dicho modelo.

La Ley de Asistencia y Prevención de la violencia familiar de 1996, aunque fue la primera ley específica que se dicta para responder al fenómeno de la violencia familiar, y establece sanciones para dicha violencia, fue esencialmente asistencial con la finalidad de fijar procedimientos de ayuda a las víctimas y mecanismos de prevención

---

responsabilidad del Estado de México, por no garantizar debidamente los derechos a la vida, la integridad y la libertad personal de varias jóvenes que desaparecieron en distintas fechas entre Septiembre y Octubre de 2001, y cuyos cuerpos se encontraron en un campo algodonero de Ciudad Juárez, el 6 de Noviembre de 2001.

<sup>301</sup> Según el Informe de Amnistía Internacional de Agosto de 2003, denominado “Muertes intolerables. México: diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua”, más de 370 mujeres habían sido asesinadas desde 1993.

La existencia de un elevado número de mujeres asesinadas, violadas o desaparecidas, y la negligencia o desatención por las autoridades en la persecución de estos delitos, también se ha constatado en otros países, como Guatemala y Perú, pero el caso de México es de notoriedad pública.

<sup>302</sup> ÁLVAREZ ROSA M.: “La experiencia mexicana en la regulación de la violencia de género”, *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Coord. LAURENZO COPELLO, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 91 y ss.

de la misma. Creando las unidades de atención a la violencia familiar para prevenir y asistir a dichas víctimas.

En su artículo 3 define expresamente la violencia familiar como “todo acto de poder u omisión, intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir, física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan una relación de parentesco por consanguinidad, que tengan o hayan tenido por afinidad civil, matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, sea maltrato físico, maltrato psicoemocional o maltrato sexual”.

De dicha regulación se desprende que la violencia familiar se configura como el abuso de la fuerza (ya sea física o psíquica) en una desigual relación de poder que causa daño a otra persona.

Y para la solución de este tipo de violencia establece el procedimiento de Conciliación, y el de amigable composición o Arbitraje, que se llevan a término ante las unidades de atención especializada para el tratamiento de la violencia familiar.

Posteriormente, en Diciembre de 1997 y en los años 2000 y 2005 en el Distrito Federal se reforma el Código Civil (artículo 323 Quater) para dejar constancia expresa del derecho de los miembros de la familia al respeto a su integridad física, psíquica, económica y sexual en el ámbito familiar.

Se amplía el concepto de la violencia familiar a la conducta contra la persona con que se encuentra unida fuera del matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre que el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

El Código Civil recoge la obligación de reparar los daños causados por la violencia familiar sin perjuicio de las sanciones correspondientes, y la violencia familiar es causa de divorcio. En dicho ámbito el Juez puede acordar la salida del cónyuge

demandado del domicilio familiar o la prohibición de acudir a determinado lugar, y demás medidas civiles.

A la referida Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, de 1 de Febrero de 2007<sup>303</sup>, que tiene un carácter federal, siguieron leyes similares en la mayoría de los Estados de la República de México.

Esta disposición legal permite la adopción de ordenes de protección con la finalidad de acordar el abandono por el agresor del domicilio conyugal, la prohibición de acercarse al domicilio o de intimar o molestar, y otras medidas relativas a los bienes domésticos, o al auxilio policial inmediato de las víctimas.

Desde el punto de vista de la legislación penal, el delito de violencia familiar se incorpora en la legislación mexicana en 1977, en el Código Penal para el Distrito Federal.

Se exigen inicialmente la reiteración de la conducta violenta y que el agresor y su víctima vivieran en el mismo domicilio. Requisitos que se suprimieron en 1999.

El artículo 200 CP castiga:

A quién por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física o psicoemocional dentro o fuera del domicilio familiar con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, la pérdida de los derechos que el sujeto activo tenga respecto de la víctima (incluidos los hereditarios), y la prohibición de acudir a determinado lugar o de residir en él, e incluso con el sometimiento a un tratamiento psicológico cuya duración no puede exceder del tiempo impuesto para la prisión.

Se define como violencia física “todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física de otro”. Y la violencia psicoemocional como “todo acto u omisión consistente en prohibiciones,

---

<sup>303</sup> Esta Ley aborda la violencia contra las mujeres distinguiendo los ámbitos en que puede manifestarse (familiar, laboral, docente, en la comunidad, e institucional), y poniendo de relieve en la violencia familiar, la finalidad de dominar o de agredir a la mujer, sea como pareja o expareja o por su relación de parentesco.



## *Derecho Comparado.*

coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, abandono, actitudes devaluatorias, que provoquen en quién, las recibe alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona”.

Sujeto activo del delito puede ser el cónyuge, concubina o concubinario, el que tenga relación de pareja, el pariente consanguíneo en línea ascendente o descendente sin limitación de grado, el pariente colateral o consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, el tutor, curador, adoptante o adoptado.

Se equipara a la violencia familiar, la que se ejerza en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, o con quién tenga una relación de hecho, sin exigirse que el agresor y su víctima convivan o hubieran convivido en el mismo domicilio.

Y el artículo 148 bis de su Código Penal, en su redacción introducida el 27 de Julio de 2011, configura el delito de femicidio como el acto de privar de la vida a una mujer por razones de género.



## **CAPÍTULO IV.**

### **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL.**

Dada la importancia del concepto del bien jurídico protegido<sup>304</sup> a los efectos de interpretar el tipo penal enjuiciado y resolver las dudas que suscita su aplicación con carácter previo debemos realizar una serie de consideraciones sobre el mismo como categoría general para delimitar de forma adecuada la materia objeto de análisis.

#### **A) Consideraciones generales.**

Aunque no es objeto de esta exposición examinar el concepto y funciones del bien jurídico protegido como categoría general, dado que excedería el objeto de esta tesis, con carácter meramente enunciativo debe ponerse de relieve que al Derecho penal, a la norma penal, le corresponde proteger bienes jurídicos.

Por bienes jurídicos se entiende con MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>305</sup> “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”, puesto que la necesidad de la convivencia humana implica la protección de la misma dado que sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse, y la autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que en cuanto son de utilidad para el hombre se denominan “bienes”, y en tanto son objeto de protección por el derecho “bienes jurídicos”.

---

<sup>304</sup> Se afirma que quién introdujo el concepto de bien jurídico fue Birnbaum a mediados del Siglo XIX con un sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley, pero el bien jurídico ha de entenderse actualmente bajo dos conceptos, uno dogmático (objetos que protege el Derecho penal) y otro político criminal (objetos que pueden reclamar protección jurídico penal) (MIR PIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, 2004, p. 189).

<sup>305</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Valencia, 2007, pp. 59 y ss.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

En la misma dirección afirma SILVA SÁNCHEZ<sup>306</sup> que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su autorrealización, por lo que determinados objetos se convierten en bienes jurídicos en la medida en que están dotados de un contenido de desvalor para el desarrollo del hombre en sociedad.

Otros autores<sup>307</sup> atendiendo a la dignidad constitucional del bien jurídico, entienden que el Derecho penal debe aspirar a las mínimas intervenciones posibles para tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios, y asegurar las libertades de los ciudadanos.

Esta última opción doctrinal que cada vez tiene mayor predicamento considera que los bienes jurídicos merecedores de protección penal deben gozar de reconocimiento constitucional, sea éste explícito o implícito, de manera que el Derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos con relevancia constitucional.

La determinación de los bienes jurídicos a proteger implica una valoración que, como no puede ser de otra forma, se encuentra condicionada históricamente puesto que los valores que en cada época el legislador somete a tutela penal dependen de las necesidades sociales concretas y de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

Entre las causas de la existencia de nuevos bienes jurídicos penales cabe considerar la generalización de “nuevas realidades” que antes no existían o el aumento de valor experimentado por alguno de los que existían con anterioridad<sup>308</sup>.

MAYORDOMO RODRIGO<sup>309</sup> sostiene que “en todo bien jurídico existe un “componente ideal” construido sobre la base de las valoraciones que se sustentan en

---

<sup>306</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 272.

<sup>307</sup> CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999, pp. 217 y ss.

<sup>308</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 25.

torno a determinados objetos<sup>310</sup>, relaciones o situaciones de la realidad social, para que éste pueda cumplir -entre otras- su función de protección de la sociedad, su sustrato ha de extraerse siempre de la realidad social. Concretamente debe referirse al conjunto de condiciones necesarias que permitan el correcto funcionamiento de los sistemas sociales, condiciones que hacen posible que la persona pueda incidir activamente en la vida colectiva y pueda vivir en la sociedad confiando en el respeto de la esfera de su libertad por parte de los demás”.

El Tribunal Constitucional tiene declarado reiteradamente, que es al legislador al que corresponde la determinación de la política criminal, los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente perseguibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 161/1997 y 136/1999).

La tarea del Derecho penal será evitar determinados comportamientos humanos lesivos para los bienes jurídicos, debiendo entenderse el bien jurídico como algo no estático, como una realidad social que se modifica constantemente, y el Derecho penal como un derecho protector de bienes jurídicos en un contexto social determinado, de forma que como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ<sup>311</sup> toda norma penal protege un bien

---

<sup>309</sup> MAYORDOMO RODRIGO, V.: *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Universidad del País Vasco, col. Derecho, nº 15, Bilbao, 2003, p. 57.

<sup>310</sup> Sobre esta cuestión vid., MIR PUIG, S.: “Objeto del delito”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 770; TERRADILLOS BASOCO, J.: “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63, 1981, p. 128; RUIZ VADILLO, E.: “La sociología jurídica. La sociedad, determinadora de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal”, *Eguzkilore*, nº 13, 1999, p. 247.

<sup>311</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LX, 2007, pp. 120 y 162.

jurídico, la lesión del mismo constituye la esencia del delito, y la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico<sup>312</sup>.

En términos similares se pronuncian otros autores que entienden que todo delito lesiona un bien jurídico, de modo que “no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido”<sup>313</sup>.

Entre los presupuestos que el ser humano necesita para su realización se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud, y a ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestido, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

Junto a estos “bienes jurídicos individuales” así denominados al afectar directamente a la persona individual se encontrarían los “bienes jurídicos colectivos” que afectarían más a la sociedad como tal como serían la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, etc., si bien tal distinción no debe implicar una concepción dualista del bien jurídico por la que se contrapongan bienes jurídicos individuales-colectivos, dado que los bienes jurídicos colectivos pueden suponer

---

<sup>312</sup> Sobre distintos trabajos existentes en esta materia vid., JÄGER H.: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957; SINA P.: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, Basel, 1962; WALTER HANACK, E.: *Zur Revision des Segualstrafrechts in der BRD*, Reinbeck, 1968; MARX M.: *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, Köln, 1972; AMELUNG K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972; HASSEMER W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973.

<sup>313</sup> NINO, C.S.: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 56; PAGLIARO, A.: *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, Studi in onore de F. Antolisei, 1965, p. 393, nota 8.

Sobre esta materia vid., HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 96; ROXIN, C.: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *La teoría del bien jurídico...*, cit., pp. 443 y ss.

también bienes jurídicos individuales en tanto sean necesarios para que el individuo se autorrealice.

Se ha afirmado que debe elaborarse un concepto material, no simplemente formal<sup>314</sup> del bien jurídico protegido, que establezca un umbral entre lo punible y lo penalmente irrelevante que permita realizar una función crítica de los bienes jurídicos protegidos por el legislador, y que tal visión crítica se puede realizar más fácilmente con una concepción personalista del bien jurídico protegido. Según HASSEMER desde una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales son sólo legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo, y entiende el concepto general de bien jurídico como “un interés humano necesitado de protección jurídico penal”<sup>315</sup>.

En la actualidad las teorías constitucionalistas<sup>316</sup> tratan de dotar de contenido material al concepto de bien jurídico entendiendo que la Constitución en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico contiene un reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos<sup>317</sup>. Otros optan por atender a la realidad social al entender que los bienes jurídicos se generan en tal realidad de forma que no sólo preexisten al Derecho

---

<sup>314</sup> La concepción formal del bien jurídico entiende que este es creado por el Derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección.

<sup>315</sup> HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal y la criminología*, Valencia, 1989, p. 108.

<sup>316</sup> Sobre la determinación del bien jurídico desde la perspectiva del constitucionalismo vid., ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 61 y ss.

Esta postura considera que es preciso que el bien jurídico se derive de los principios plasmados en la Constitución y aunque corresponde al legislador incluir en los Códigos penales los bienes jurídicos protegidos tiene que haber un límite a tal determinación, y este límite es la propia Constitución (ROXIN, C.: “¿Es la protección de bienes jurídicos...”, cit., pp. 449 y ss.).

<sup>317</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Bien jurídico y constitución (Bases para una teoría)*, Bolonia, 1983, p. 16.

penal sino también a la Constitución, por lo que deben extraerse en consecuencia de tal realidad social.

Por su parte, ALONSO ÁLAMO señala que “a efectos de delimitar los bienes jurídicos protegibles penalmente, hay que partir de los derechos humanos, reconocidos o que se puedan reconocer (...). Los derechos humanos constituyen el criterio de racionalidad ética por excelencia y el referente básico para la delimitación positiva de los bienes jurídicos penales”<sup>318</sup>.

Frente a tal entendimiento del bien jurídico, una concepción monista de carácter universal o colectivo reconduce la función del Derecho penal a la protección del sistema social y en segundo plano del individuo, entendiendo los bienes jurídicos individuales (vida, libertad, salud, etc.) como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social, sin perjuicio de la existencia de teorías dualistas que colocan en el mismo plano los bienes jurídicos individuales y los colectivos.

### **B) El concepto de bien jurídico como límite del ius puniendi.**

El concepto de bien jurídico protegido ha sido entendido como límite al ius puniendi del Estado, de forma que sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho penal (principio de protección exclusiva de bienes jurídicos<sup>319</sup>), limitándose este último conforme al principio de intervención mínima a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal...”, cit., p. 103.

<sup>319</sup> Toda figura delictiva debe su existencia a la tutela de un determinado bien jurídico (o de varios) de manera que el Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes.

Sobre esta cuestión, vid, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 25.

<sup>320</sup> Sobre esta materia vid., MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal”, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor VALLE MUÑIZ*, Coord. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 562 y ss.



## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Señala SILVA SÁNCHEZ que la intervención del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos constituye una garantía fundamental del Estado moderno<sup>321</sup>. Y conforme manifiesta LUZÓN PEÑA “el Derecho penal sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado para castigar (...) conductas que no afecten a bienes jurídicos”<sup>322</sup>.

Las leyes penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima<sup>323</sup> del Derecho penal<sup>324</sup>.

Entre las funciones del bien jurídico protegido<sup>325</sup>, además de la aludida función de limitación del ius puniendi estatal<sup>326</sup>, podemos citar las siguientes: función

---

<sup>321</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación...*, cit., p. 267.

<sup>322</sup> LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho...*, cit., p. 82.

<sup>323</sup> Aunque el recurso al Derecho penal debería producirse cuando fuera absoluta y estrictamente necesario, en la violencia doméstica “hay una constante demanda social de cárcel ante cualquier conflicto que se presente, alimentada por los propios poderes públicos y los medios de comunicación. Esta demanda social por la intervención penal es rápida e irreflexivamente atendida por los poderes públicos. Por una parte le da a la intervención penal una pátina de democracia y por la otra, como es muy fácil de satisfacer y da una apariencia de preocupación por solucionar el conflicto, se constituye en una fuente para la obtención de votos en las periódicas elecciones donde se han de renovar dichos poderes” (BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Lecciones de Derecho penal...*, cit., p. 25).

<sup>324</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 76 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Director MUÑOZ CONDE, Valencia, 2008, p. 117.

<sup>325</sup> Para la doctrina penal la importancia del bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (interpretación teleológica), y, otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales o hacer desaparecer los ya existentes (CUELLO CONTRERAS, J.: “Presupuestos para una teoría...”, cit., p. 463).

Sobre el papel del bien jurídico como límite del Derecho penal vid., MIR PIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1967, pp. 128 y ss.

Sobre la importancia del bien jurídico para expresar el objeto inmediato de protección de la norma penal, para facilitar el conocimiento de la norma y del sistema jurídico penal, y para proceder a su

interpretativa que facilita la interpretación de los concretos tipos penales<sup>327</sup>. Función sistemática al servir de criterio de ordenación de la Parte especial del Derecho penal por lo que el bien jurídico sería el criterio técnico que oriente los hechos delictivos y en cuyos tipos penales vendría tutelado. Y función de medición de la pena<sup>328</sup> por lo que la intensidad y el alcance de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe tenerse en cuenta a la hora de proceder a la determinación de la pena, siendo una de las finalidades de la norma penal posibilitar la convivencia humana en sociedad, la cual sólo debe intervenir en los casos más graves de ataque a las condiciones mínimas de convivencia (protección de bienes jurídicos), por lo que en conclusión, la importancia de la delimitación del bien jurídico protegido resulta evidente como ponen de relieve COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN al constituir el núcleo del delito y ofrecer un criterio

---

propia autointegración o recomposición vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Bien jurídico y objeto...”, cit., pp. 119 y ss.

<sup>326</sup> Sobre esta materia vid., MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.

<sup>327</sup> Sobre esta cuestión vid., POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.

Se define el bien jurídico como “una fórmula sintética” en la que “el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales” y como “una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares” (HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico...*, cit., pp. 63 y 64).

<sup>328</sup> Las relaciones entre el bien jurídico protegido y la pena pueden contemplarse bien desde la perspectiva de la delimitación del ilícito penal, bien desde el potenciamiento de la función de la pena.

El Estado protege los bienes jurídicos mediante la pena, y esta tiene por función la protección de bienes jurídicos de forma que hablar de política penal en un Estado democrático es hablar de política de protección de bienes jurídicos (HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico...*, cit., p. 175).

El bien jurídico ejerce una función de criterio de determinación de la pena pues debe tenerse en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho de forma que el grado de injusto o de antijuricidad material dependerá de la gravedad de la lesión o ataque al bien jurídico (SUÁREZ LÓPEZ, B.: “¿Existe el bien jurídico-penal...”, cit., p. 58).

material decisivo en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito y de los tipos penales en particular<sup>329</sup>.

VIVES ANTÓN señala que el Tribunal Constitucional en multitud de Sentencias<sup>330</sup> ha apelado a la idea del bien jurídico “configurándolo específicamente como un *prius* lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad (...), pues, si falta el objeto de protección, no cabe tomar ninguna medida de tutela ni proporcionada ni desproporcionada: carente de razón justificativa sería, sencillamente, arbitraria”. De forma que “el bien jurídico se erige, así, en una pauta general para enjuiciar la corrección constitucional de cualquier clase de medidas de tutela adoptadas por el ordenamiento”<sup>331</sup>.

Sostiene que el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática ya que todo en él se discute desde su condición intra o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador, que sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y que el filtro por el que deben pasar todas las normas penales es desde esta perspectiva, el de la dañosidad social.

### **C) Toma de postura. Concepción procedimental del bien jurídico protegido.**

Partiendo de una concepción procedimental del bien jurídico protegido<sup>332</sup>, el mismo aparece como un momento del proceso de justificación racional de la limitación

---

<sup>329</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Edición, Valencia, 1999, p. 323.

<sup>330</sup> Entre otras vid., STC 55/1996, de 18 de Marzo -FJ 7- y STC 161/1997, de 2 de Octubre -FJ 10-.

<sup>331</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 16, 2005, pp. 7 y 8.

<sup>332</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1996, nota 71, y “Constitución, sistema democrático...”, cit.

de la libertad, realizada por el legislador a través de la tipificación concreta de un comportamiento.

Para saber si el bien es digno de protección penal habrá que analizar si la punición de la conducta lesiva (esto es, susceptible de causar daño o peligro para la sociedad<sup>333</sup>) es justificable racionalmente desde la perspectiva de la Constitución, lo que exigirá que se trate de “bienes” desde la óptica de la norma fundamental, y que la protección no implique una injerencia injustificada en la libertad (por ejemplo, tipificando comportamientos que supongan el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, como la libertad de expresión), pues, de serlo, el legislador estaría considerando lesivas conductas que el ordenamiento, so pretexto de la pretendida defensa de un bien jurídico, no puede justificar racionalmente desde la óptica del conjunto de los derechos y principios constitucionales<sup>334</sup>.

#### **D) Análisis doctrinal y jurisprudencial de la cuestión.**

No existe unanimidad en la doctrina sobre la denominación jurídica del delito recogido en el artículo 153 CP, hablándose de delito de lesiones, de maltrato, de malos tratos genéricos o en el ámbito familiar, resultando problemática la delimitación del bien jurídico protegido<sup>335</sup>, cuestión que se complica por la disparidad de opiniones

---

<sup>333</sup> No inocua.

<sup>334</sup> Esto es lo que ocurría, en opinión de CUERDA ARNAU, en el antiguo artículo 607.2 CP, que en la medida que estaba tipificando conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, debía considerarse inconstitucional (“El denominado delito de apología del genocidio: Consideraciones constitucionales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999, pp. 63 y ss.).

<sup>335</sup> Sobre dicha problemática vid., HENAR HERNANDO GARCÍA, R.M.: “El polémico bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género”, *Violencia de género como fenómeno criminal específico. Específica referencia a los programas de tratamiento de delincuentes sexuales y de violencia de género, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 14, CGPJ, Madrid, 2010; CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, *Estudios Penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Coord. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 251 y ss.

doctrinales y jurisprudenciales existentes al efecto, siendo evidente la importancia de su delimitación atendida la función exegética que desempeña y su utilidad para interpretar los elementos típicos.

#### **D.1. Posición doctrinal.**

MENDOZA CALDERÓN ya señalaba que el mismo estaba por descubrir ante el silencio de la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, de la que se desprendía expresamente la intención del legislador de introducir la pena de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por hechos que anteriormente fueron constitutivos de falta<sup>336</sup>.

La reforma penal de 2003 rompe con la tradicional regulación de las violencias habituales en el ámbito de las lesiones y abre el camino hacia su dispersión sistemática de forma que las violencias habituales del antiguo art. 153 CP pasan a regularse en el art. 173 CP (en el Título “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”), y el art. 153 CP situado en el Título de las lesiones pasa a castigar conductas que anteriormente eran meras faltas.

CASTELLÓ NICÁS afirma que “las posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos<sup>337</sup> no convergen en una única dirección ni se pueden sistematizar claramente, por la complejidad y los intereses que confluyen, aunque muchas de ellas coinciden parcialmente y presentan un fondo común, a pesar de su apariencia externa diferenciada”<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto. La introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 3, 2005, p. 124.

<sup>337</sup> Entiendo más adecuada la expresión delito de malos tratos en el ámbito familiar para denominar este delito atendida la conducta típica del mismo y el ámbito en el que se produce.

<sup>338</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción...”, cit., p. 743.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Se ha señalado que el artículo 153 CP es un injusto sin fundamentación material<sup>339</sup>. Por lo que no existiendo delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el tipo penal no debería ser de aplicación formal, como se analizará posteriormente con detenimiento.

Para fundamentar la conminación penal no basta la simple manifestación de voluntad antijurídica, como sostienen las teorías subjetivas, sino que es preciso que esa manifestación tenga lugar de tal modo que represente, a la vez, un peligro, siquiera sea abstracto, para el bien jurídico<sup>340</sup>.

Declarar la tipicidad o relevancia penal de un comportamiento requiere, además de constatar que literalmente coincide con el supuesto de hecho de la ley, comprobar que el bien jurídico cuya tutela es perseguido por ésta ha resultado afectado por aquel comportamiento. Hallándonos ante un tipo de lesión, deberá ser esta la que se constate; en presencia de un tipo de peligro, será éste el que deba ser probado<sup>341</sup>.

El fundamento de la agravación de este precepto se sitúa por algunos autores en el mayor desvalor de la acción<sup>342</sup>, en su mayor peligrosidad objetiva desde la

---

<sup>339</sup> Se ha afirmado que el artículo 153 CP se ha presentado desde su origen como un delito con una fundamentación material prácticamente inexistente en su normativa creadora, la Ley Orgánica 11/2003 (MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código Penal: la influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Directora NÚÑEZ CASTAÑO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 153).

<sup>340</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 713.

<sup>341</sup> RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 18-19, nota 11.

<sup>342</sup> Sobre el mayor desvalor de la acción vid., ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Director MUÑOZ CONDE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 735 y ss.

Se ha sostenido también que siempre que el comportamiento del agresor sea expresión de la violencia que se ejerce para subyugar y someter a la mujer por el hecho de serlo, como un eslabón en una

perspectiva del bien jurídico protegido, llegando a afirmarse que el fundamento material residiría en un peligro implícito derivado de la propia relación entre autor y su víctima, con lo cual se partiría del reconocimiento de que la mujer por su condición de tal, y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encontraría expuesta a sufrir ataques violentos por parte de su pareja masculina<sup>343</sup>.

También se ha argumentado que “el fundamento material que explicaría la limitación de la autoría en los delitos de violencia de género a la condición de ser hombre, residiría en que éste en la realización de estas conductas ejercería su posición dominante en la relación de pareja con una mujer, de manera que el abuso de poder en dicha relación sería lo que fundamentaría una mayor gravedad del injusto. Además también existiría una mayor gravedad de la culpabilidad, puesto que el motivo que impulsaría al autor a cometer estos delitos sería la discriminación por razón del sexo femenino, con lo que se hallaría un elemento subjetivo de la culpabilidad, que excluiría las agresiones de las mujeres contra sus parejas femeninas”<sup>344</sup>.

En el intento de determinar cual es el bien jurídico protegido del artículo 153 CP han existido muchos pronunciamientos doctrinales, debiendo distinguirse entre los formulados en relación a la redacción actualmente vigente del mismo (realizada por la L.O 1/04, de 28 de Diciembre<sup>345</sup>) y los pronunciamientos anteriores, y ello por cuanto

---

estrategia de dominación, y cuando ello quiera utilizarse con dicha finalidad, estaríamos ante supuestos con un especial desvalor de acción, y un incremento en relación con el desvalor de resultado si éste fuese adecuado no solamente para afrentar al bien jurídico “paz familiar” o “dignidad humana”, sino también “dignidad del género femenino” (VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., pp. 14 y ss.).

<sup>343</sup> LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género...”, cit., pp. 17 y ss.

<sup>344</sup> MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153...”, cit., p. 152.

Sobre esta cuestión vid., asimismo BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales...”, cit., p. 29.

<sup>345</sup> La LO 1/04, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género dio un nuevo paso hacia la diseminación sistemática y la agravación de las penas modificando el

estos últimos al analizar el antiguo artículo 153 CP realmente se estarían refiriendo al actual artículo 173.2 CP (relativo a la violencia física/psíquica habitual)<sup>346</sup>.

Desde el punto de vista de su ubicación sistemática, el artículo 153 CP se encuentra regulado en el Título III del Libro II del Código Penal que lleva por rúbrica “De las lesiones”. Mientras el artículo 173 CP (delito de violencia doméstica habitual) se encuentra recogido en el Título VII del Libro II del Código Penal “Delitos contra la integridad moral”, de lo que puede desprenderse que el bien jurídico protegido de este último (la integridad moral del individuo) es distinto al del artículo 153 CP, englobando este último, conductas potencialmente lesivas, por lo que se trataría de un delito de peligro con potencialidad de resultado contra la salud y la integridad.

#### **D.1.1. Pronunciamientos doctrinales relativos al antiguo artículo 153 CP (hasta la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de Diciembre).**

El bien jurídico protegido del antiguo artículo 425 del CP de 1973<sup>347</sup>, ubicado sistemáticamente dentro del capítulo de las lesiones, también fue objeto de discusión<sup>348</sup>, y sin perjuicio de la existencia de diversas posiciones doctrinales, únicamente queremos reiterar las más significativas. En concreto, MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ

---

art. 153 CP y sustrayendo del mismo las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos para ubicarlas en el Título de los delitos contra la libertad.

<sup>346</sup> Esta distinción resulta útil para determinar con mayor precisión y certeza el bien jurídico del vigente artículo 153 CP.

<sup>347</sup> El artículo 425 CP (redacción dada por la LO 3/1989, de 21 Junio) tipificaba las violencias habituales en el ámbito familiar con la finalidad de proteger a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, señalando que “el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho será castigado con la pena de arresto mayor”.

<sup>348</sup> Vid., supra, pp. 41 y ss.



### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

LEÓN consideraron que al regularse junto a los delitos de lesiones el bien jurídico que se pretendía proteger era la integridad física del sujeto pasivo<sup>349</sup>.

En esta línea CORTÉS BECHIARELLI<sup>350</sup> señalaba que “el bien jurídico que, siempre y en todo caso, se transgrede es la integridad de las personas o la salud”, apoyándose en: a) razones de orden sistemático atendida la ubicación del precepto junto a las lesiones; b) razones de naturaleza interpretativa auténtica basadas en el Preámbulo de la Ley 3/1989 que introduce los malos tratos en el Código Penal (del que se desprende que las conductas delictivas se tratan de formas de acometimiento que provocan el menoscabo de la integridad de la víctima); y c) razones de política criminal dado que esta figura nace con la finalidad de acotar el abismo punitivo que existía entre el delito de lesiones y las faltas de lesiones y de maltrato de obra.

También DEL ROSAL BLASCO entendía que el art. 425 CP se configuraba como una especie agravada de las faltas de lesiones y malos tratos de obra, y que protegía la salud y/o el bienestar personal de forma que el bien jurídico protegido sería la salud personal en el caso de causarse lesión y el bienestar personal si sólo se causaba maltrato de obra sin lesión<sup>351</sup>.

Junto a “la salud e integridad física de la víctima” se mantuvo asimismo que se protegía “el interés en la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar” de manera que el bien jurídico protegido del art. 425 CP tendría naturaleza mixta, a caballo entre los tipos de lesiones (donde se sitúa en el Código) y otras modalidades delictivas protectoras de la familia<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., p. 38.

<sup>350</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Pons, Madrid, 2000, p. 42.

<sup>351</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: “El tipo de violencias...”, cit., p. 371.

<sup>352</sup> CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: “El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación”, *La Ley*, nº 4, 1991, p. 1185.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Desde otra perspectiva se situó el bien jurídico protegido del art. 153 CP<sup>353</sup> en su redacción otorgada por la LO 14/1999, de 9 de Junio (delito de violencia habitual) en “la dignidad de la persona en el seno familiar y su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos ni degradantes”<sup>354</sup>, y si bien se mantenía su ubicación legal junto al delito de lesiones, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostuvieron que el bien jurídico protegido no era la salud o la integridad corporal sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido trato inhumano o degradante como manifestación del principio de la dignidad humana<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> El artículo 153 CP del Código Penal de 1995 siguió en lo fundamental la fórmula del viejo artículo 425 CP introduciendo modificaciones en la pena y una regla concursal (se castiga el delito con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare).

Posteriormente la LO 14/1999, de 9 de Junio, modifica el artículo 153 CP para castigar la violencia psíquica, amplía el círculo de los sujetos pasivos, proporciona una definición de habitualidad e introduce la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y personas próximas como pena accesoria y como medida cautelar.

<sup>354</sup> La STS de 20 de Diciembre de 1999 señala que la finalidad de este artículo es proteger a las personas más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia y que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometido a un trato inhumano ni degradante. En el mismo sentido se pronunciaban CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: “Violencia habitual en el ámbito familiar”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Edición, Valencia, 1996, p. 133; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal...*, cit.

<sup>355</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C.: “La legislación penal ante la violencia en el contexto familiar”. VI Jornadas: Orientación familiar. Universidad pontificia de Comillas, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 1999, p. 36; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 105 y ss.

Con respecto al antiguo artículo 153 CP se afirmó que el bien jurídico directamente protegido era la salud e integridad física y/o psíquica pero que también podía afectar al honor, la libertad, la integridad moral, etc. (NUÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica...”, cit., pp. 111 y ss.).

Por dicho motivo también se ha mantenido que “los malos tratos implican un atentado a diferentes o plurales bienes jurídicos, pero que su finalidad no (...) deba ser abarcar todos y cada uno de los distintos atentados contra otros bienes jurídicos...”, ya que por una acción de maltrato familiar pueden resultar lesionados la dignidad, el honor, la integridad moral, el derecho a la tranquilidad y paz en el hogar familiar, y el derecho a la integridad física pero el problema reside en determinar si el injusto de

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Tanto el antiguo art. 425 CP como el art. 153 del Código Penal de 1995 contemplaban sólo la violencia física como modalidad típica de malos tratos habituales en el ámbito familiar.

En este sentido, no podía equiparse el bien jurídico al del delito de lesiones ya que no se trataba de un delito contra la salud o integridad corporal, sino de un delito contra la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, como manifestación del principio de dignidad humana, además de que la lesión no era elemento del tipo, sin perjuicio de la vinculación de dichos bienes jurídicos al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal<sup>356</sup>.

También se sostuvo que “por mucho que exista un peligro para la salud de las víctimas, el núcleo del injusto sigue siendo la lesión de la integridad moral, afirmándose que no estábamos ante un delito de lesiones y si ante una infracción distinta, contraria a la integridad moral”<sup>357</sup>.

Otros defendían que el bien jurídico protegido era la salud o el bienestar personal<sup>358</sup>.

---

este delito recoge los atentados a todos estos bienes jurídicos, o sólo algunos o alguno de ellos (CUADRADO RUIZ, M.A. y REQUEJO CONDE, C.: “El delito de malos tratos...”, cit., p. 1561).

<sup>356</sup> CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Coord. VIVES ANTÓN, Valencia, 1996, p. 801; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, p. 133.

<sup>357</sup> CAMPOS CRISTÓBAL R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 20.

<sup>358</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: “El tipo de violencias...”, cit., pp. 370 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 27 y ss.

Se afirmaba que el bien individual de la salud personal era “comprendido del pluridimensional estado físico y psíquico de bienestar personal del ser humano en el medio de su propia convivencia social. Tal bien jurídico conjuga con plena coherencia las dimensiones física y psíquica del bienestar personal, dentro del contexto social del desenvolvimiento existencial humano” (POLAINO NAVARRETE, M.: “Maltrato a cónyuge...”, cit., p. 334).

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado defendía que el bien jurídico era la indemnidad o el bienestar de la persona<sup>359</sup> y la Circular 1/1998 de la FGE advertía que la ubicación sistemática del art. 153 CP (anterior a la Ley 11/2003) dentro de los delitos de lesiones ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo dado que el mismo “no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela además, y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrán reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la Constitución: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a tratos inhumano o degradante”.

También se entendía que eran las pacíficas relaciones de convivencia afectiva libremente aceptadas que, regidas por los principios de igualdad y solidaridad debían darse entre sus miembros, vínculos circunscritos al seno familiar o uniones de hecho garantizadas en los arts. 14, 15 y 39 CE<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Se afirmaba en relación a la redacción del art. 153 CP anterior a la reforma de 9 de Junio de 1999 que “el delito de malos tratos violentos del art. 153 CP recoge un ataque específico de violencia física que está relacionado con una de las dimensiones de la incolumidad personal de la víctima (derecho de la persona a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento), caracterizado por las especiales relaciones entre sujeto activo y pasivo” (JORGE BARREIRO, A.: “La violencia doméstica y los límites de la intervención del Derecho Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1999, p. 159).

Otros autores también consideraban la “incolumidad corporal” como el bien jurídico protegido por este artículo (TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 860).

Incluso se afirmó que “estimándose eventualmente digna de consideración la idea programática de ponderación de la incolumidad e intangibilidad personales, debe de tenerse presente que tales aspectos espirituales de valoración de la personalidad humana no resultan ajenos a la propia noción de salud penalmente tutelada” (POLAINO NAVARRETE, M.: “Maltrato a cónyuge...”, cit., p. 337).

<sup>360</sup> GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J.: “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”, *Actualidad Penal*, nº 16, 1999, p. 358.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Tampoco faltaron autores que defendían el carácter pluriofensivo del delito, que “junto con la integridad física, se están necesariamente teniendo en cuenta otros bienes necesitados de protección, que pueden ser la convivencia entre los miembros de la familia, la paz y el orden familiar, sentimientos de libertad y seguridad, etc., todos ellos de contenido constitucional (art. 39 CE)”<sup>361</sup>, llegando, incluso, a sostener ciertas posiciones doctrinales, totalmente minoritarias, que el bien jurídico protegido era el honor<sup>362</sup>, o incluso la libertad<sup>363</sup>.

Con la reforma de 1999 del Código Penal y la introducción de la violencia psíquica en el tipo penal del artículo 153 CP, la determinación de cual era su bien jurídico protegido se complicó aún más<sup>364</sup>, sobre todo para los partidarios de la correcta ubicación sistemática del precepto<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> BUEREN RONCERO, J.L.: “Violencia habitual en el ámbito familiar. Apuntes para una reforma de los tipos penales y de las medidas cautelares”, *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, I, 1998-1999, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>362</sup> La tesis que sostenía que el bien jurídico protegido era el honor se basaba entre otras consideraciones en que el maltrato tanto de palabra como de obra “puede asumir significación típica asimismo en el plano de las infracciones contra el honor, entendido como dignidad personal, como cualidad inherente al ser humano en cuanto persona y que requiere respeto de todos los ciudadanos como tal” (POLAINO NAVARRETE, M.: “Maltrato a cónyuge o hijos menores”, *Estudios Penales*, Córdoba, 1988, p. 335).

Tal posición era difícilmente defendible dado que los delitos contra el honor (injurias y calumnias) atentan contra la reputación y autoestima cuya puesta en peligro no parece que sea lo que se pretende proteger en esta materia (ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico?. Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género”, *Estudios Penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Coord. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005, p. 7).

<sup>363</sup> Sobre estas posturas minoritarias vid., DE LAMO RUBIO, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J.: *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 43.

<sup>364</sup> Al introducirse en 1989 las violencias habituales en el ámbito familiar en el capítulo de las lesiones se abrió un debate acerca de cual era su bien jurídico protegido, que se intensificó con la reforma

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

La inclusión de la violencia psíquica por la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999 supuso un argumento a favor de la tesis que consideraba la integridad moral como el bien jurídico protegido del art. 153 CP, tesis que se vio asentada por la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, dado que con la misma se trasladó el tipo contemplado hasta ese momento en el art. 153 CP al art. 173 CP al Título relativo a los delitos contra la integridad moral<sup>366</sup>.

En definitiva, podíamos encontrar tres posturas mayoritarias<sup>367</sup>:

---

del CP de 1995 realizada por la LO de 14 de Junio de 1999 (ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género”, *Estudios Penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Coord. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005, p. 5).

Sobre esta materia vid., GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 19 y ss.; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 41 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, pp. 175 y ss.; OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de violencia habitual...*, cit., pp. 27 y ss.

<sup>365</sup> La inclusión de la violencia psíquica en el art. 153 CP parecía decantar la balanza en contra de considerar un bien jurídico común al delito de malos tratos y al resto de los delitos de lesiones, aunque no han faltado autores que han negado que esta inclusión haya variado la consideración de cuál es su bien jurídico (RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido ...”, cit., p. 751).

<sup>366</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005, p. 752.

<sup>367</sup> Sobre las distintas posturas mantenidas al efecto vid. por todas, GARCÍA ALVÁREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 20 y ss.

Se ha llegado a sostener que el bien jurídico protegido del art. 153 CP antes de que este fuera reformado por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre (y trasladado al Título de los delitos contra la integridad moral) era: 1) la integridad personal y el derecho a la seguridad o dignidad personal; 2) la integridad corporal y la salud física o mental entendida como bienestar personal; 3) la incolumidad o indemnidad persona entendida como situación del que está libre de padecer daño o perjuicio; 4) la integridad personal; 5) la dignidad de la persona entendida como derecho a no recibir un trato inhumano o degradante y el libre desarrollo de la personalidad; 6) la paz familiar; y 7) la integridad moral (GÓMEZ

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

a) La que entendía que el bien jurídico protegido era la salud<sup>368</sup>.

GARCÍA MARTÍN afirmaba que el bien jurídico protegido era el mismo de las lesiones, es decir “la integridad y salud personales” comprensivo tanto de la dimensión física como de la mental de la persona humana<sup>369</sup>.

Esta posición consideraba que se protegía la salud en su doble faceta de física y psíquica, entendía adecuada la ubicación sistemática del precepto, y afirmaba que sostener que la paz y tranquilidad familiares pudiera ser un bien jurídico protegido supondría la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal y que la familia como tal no podía ser objeto de tutela al margen de sus miembros<sup>370</sup>.

También rechazaba que la dignidad humana pudiera ser considerada un bien jurídico específicamente protegible al entender que más que un bien

---

NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?, consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, pp. 60 y ss.).

<sup>368</sup> Se mantenía que el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones era el que se protegía también en el art. 153 CP, que era la integridad personal y, en definitiva, la salud (GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar...”, cit., p. 53).

Sobre esta posición vid., GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Las lesiones”, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Dir. COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 93; CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, *La Violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 151 y ss.

<sup>369</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos...”, cit., pp. 582 y ss.

Esta opinión sobre el bien jurídico en el delito de malos tratos del art. 153 CP suponía también una toma de posición acerca del de los delitos de lesiones, ya que la cuestión de su bien jurídico tampoco ha sido pacífica.

<sup>370</sup> Se negaba que el bien jurídico protegido fuera la familia o relaciones familiares porque el Derecho penal en su condición de última ratio no podía entrar a proteger una determinada forma de convivencia (familiar) y porque la redacción del precepto incluía víctimas no unidas por relaciones familiares (CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción...”, cit., pp. 63 y ss.).

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

jurídico era un fundamento del ordenamiento jurídico y un principio inspirador conforme al cual debían interpretarse cada uno de los derechos fundamentales, y mantenía que la imprecisión conceptual del bienestar personal era incompatible con el principio de seguridad jurídica e intervención mínima del Derecho penal<sup>371</sup>.

### b) La que defendía que era la paz y tranquilidad familiares<sup>372</sup>.

Esta postura doctrinal consideraba que entender que el bien jurídico protegido era la salud implicaba una lectura superficial del precepto, y que era criticable la ubicación sistemática del precepto<sup>373</sup>, dado que el bien jurídico tenía mayor amplitud y se extendía extramuros de la integridad personal de la víctima al existir actuaciones constitutivas de malos tratos que no incidían en la salud.

En su contra se ha argumentado que la familia en si misma considerada o un concepto como la “pax familiaris” no podía erigirse en un auténtico bien jurídico penal al no cumplir los clásicos postulados descritos por MAYER<sup>374</sup> sobre cuando un bien es susceptible de ser protegido penalmente, consistentes en que debe reunir la triple cualidad de ser merecedor de protección por parte del Derecho penal, de presentar una necesidad de dicha protección y de ser susceptible de gozar de la misma<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Coord. DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 419; GARCÍA ALVÁREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 24 y ss.

<sup>372</sup> En contra de considerar la familia o las relaciones familiares como bien jurídico protegido vid., GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 417; ARIAS EIBE, M.J.: “La respuesta específica...”, p. 754.

<sup>373</sup> Sobre la disfuncionalidad de la ubicación sistemática del precepto vid., BOIX REIG, J.: *La Reforma Penal de 1989...*, cit., p. 124.

<sup>374</sup> MAYER, M.E.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª Edición, Heidelberg, 1923, p. 23.

<sup>375</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido...”, cit., pp. 745 y 746.



## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO afirmaban que era “dudoso que la familia pueda ser concebida como valor susceptible de una abstracta tutela penal distinta de la de sus miembros. El simple hecho de que pudiera admitirse la intervención del Derecho penal en la esfera privada para proteger una hipotética o incluso utópica paz familiar como bien jurídico merecedor y necesitado de protección por el Derecho penal, parece poner en peligro el carácter de última ratio del Ordenamiento jurídico penal”<sup>376</sup>.

CASTELLÓ NICÁS señalaba que debía de dejarse de lado “la consideración de la familia y núcleos asimilados como objeto de protección de este delito, en el entendimiento de que no es el círculo de personas entre las que se produce la conducta típica la que ha de determinar el bien jurídico protegido, sino que es la propia conducta típica la que nos dará la pauta en torno a aquel”<sup>377</sup>.

c) Y la que consideraba que era la dignidad humana o el bienestar personal.

LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN señalaban que este delito se configuraba como “un supuesto de abuso de situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que ha permitido entenderlo como lesivo, en primer término, de la dignidad humana”<sup>378</sup>.

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSAC entendían que el bien jurídico protegido no era el mismo que el de las lesiones ya que ni la salud ni integridad corporal eran objeto de tutela en tanto que cabía la consumación del delito sin resultado lesivo alguno, y que lo trataba de proteger era “la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno en el sentido del artículo 15 CE”<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 23 y 24.

<sup>377</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción...”, cit., p. 67.

<sup>378</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995...*, cit., p. 95.

<sup>379</sup> CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Edición, Valencia, 1996, p. 133.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

CERVELLÓ DONDERIS sostenía que “parece correcto entender que junto a la integridad física y psíquica debe entenderse como bien jurídico protegido principalmente a la dignidad humana, pues en todo caso, con resultado lesivo o no, lo que si produce cualquier conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que el menor o cónyuge ostentan como personas titulares de derechos”<sup>380</sup>.

GÓMEZ RIVERO afirmaba que “el clima mismo en que se contextualiza la relación típica determina que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo para entroncar con conceptos más amplios de dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad”<sup>381</sup>.

CASTELLÓ NICÁS consideraba que el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos tenía mucho que ver con la dignidad de las personas, y más concretamente con la integridad moral de las mismas, entendida como una parcela de aquella, para llegar a la conclusión que el bien jurídico protegido era dicha integridad moral y no la dignidad porque esta última presenta unos márgenes excesivamente amplios y es posible realizar una mayor concreción en la determinación de dicho bien<sup>382</sup>.

Se ha sostenido en su contra que “la dignidad humana” no es ningún bien jurídico<sup>383</sup> sino un atributo de toda persona por el mero hecho de serlo, que es un atributo totalizador, y que todo bien jurídico de carácter personalísimo (vida, integridad física, salud, libertad, honor, etc.) es reconducible a la dignidad de la persona de manera que el atentado a

---

<sup>380</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: “El delito de malos tratos ...”, cit., p. 53.

<sup>381</sup> GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos de delito de malos tratos”, *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 71.

<sup>382</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción...”, cit., p. 72.

<sup>383</sup> También se ha argumentado a sensu contrario que nada obsta a que la dignidad humana sea un bien jurídico penalmente protegible aunque sea un atributo de la persona por su misma condición de persona y su consideración se encuentre en la base de todo el ordenamiento jurídico, de la misma forma que la libertad es la clave de bóveda del derecho y ello no empece a que la misma se considere bien jurídico protegido (RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido...”, cit., pp. 751 y 752).

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

cualquiera de dichos bienes supone una lesión del respeto debido a la dignidad de la persona<sup>384</sup>.

En este sentido ACALE SÁNCHEZ ha sostenido que “la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero si las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar”<sup>385</sup>.

Esta autora se ubicaba en un terreno intermedio entre la posición que situaba el bien jurídico en la paz o convivencia familiares y la que lo situaba en la dignidad de la persona, de manera que aunque la protección de la dignidad de las personas que conviven en una familia era el fin último del art. 153 CP, el elemento familiar se situaría también en un primer plano<sup>386</sup>.

Con la redacción otorgada al artículo 153 CP por la LO 11/2003 se afirmaba que existía una clara incongruencia en la concreción del bien jurídico protegido al concurrir conductas constitutivas de falta de lesiones (afectaban a la salud), de maltrato (afectaban a la integridad moral) y amenazas (afectaban a la libertad)<sup>387</sup>, y estas dos últimas conductas se transmutaban en contrarias a la salud al transformarse en un delito de lesiones<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos...”, cit., pp. 581 y ss.

<sup>385</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, cit., pp. 133 y ss.

<sup>386</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Ob. cit.

<sup>387</sup> En la redacción actual del 153 CP se excluye la referencia a las amenazas, encuadrables con la reforma acaecida por LO 1/2004, de 28-12, en el artículo 171 CP.

<sup>388</sup> Se entendía que resultaba difícil de aceptar que el ámbito familiar convirtiera una falta contra la integridad moral o la libertad en un atentado a la salud, y que elevar a la categoría de bien jurídico protegido al ámbito doméstico chocaba con la ubicación sistemática del artículo 153 CP, donde deben valorarse daños a la salud.

**D.1.2. Posiciones doctrinales relativas al vigente artículo 153 CP (desde la LO 1/2004).**

La ubicación sistemática del tipo penal parece sugerir que el bien jurídico protegido es la salud de la persona, física y psíquica<sup>389</sup>.

Sin embargo, no es esta la posición unívoca al respecto, manteniéndose distintas posiciones doctrinales.

1) Algunos autores consideran que en este delito, por su ubicación y en atención a su evolución legislativa, cabe afirmar al menos como primera aproximación que tutela la integridad física y psíquica<sup>390</sup>.

Se argumenta que es un hecho que el artículo 153 CP se encuentra entre los delitos contra la integridad física, y que el primer y más superficial análisis de su bien

---

<sup>389</sup> Se ha afirmado que la ubicación sistemática es sólo un criterio y no es determinante en la concreción del bien jurídico, y que en ocasiones se han creado apartados específicos para conductas delictivas que carecían de una autonomía formal propia (OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de violencia habitual...*, cit., pp. 37-38).

<sup>390</sup> Este criterio es seguido por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coord. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Madrid, 2005, p. 15.

Sin embargo esta posición no es pacífica, llegando otros autores a considerar que el interés tutelado estaría representado por la seguridad de las personas que viven unidas por vínculos familiares o asimilados, y que la amalgama de conductas que recoge el precepto hace que carezca de un único bien jurídico, pues se afecta a la salud o al bienestar personal, dependiendo de la conducta típica que entre en juego.

También se señala que resulta difícil de comprender que el legislador haya establecido un trato diferenciado atendiendo al sexo del agredido en el maltrato ocasional, con lo que parece que opta por una presunción iuris et iure de mayor vulnerabilidad de la mujer respecto del hombre, lo que desde la perspectiva del bien jurídico y del principio de igualdad es difícil de sostener.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

jurídico apunta a la idea de que es este el interés social que se pretende proteger<sup>391</sup>, aunque se trata de una cuestión que no está resuelta de forma pacífica, llegando a relatar VALMAÑA OCHAÍTA<sup>392</sup> que es un delito con bien jurídico complejo, razón por la cual en el pasado se han mantenido múltiples opciones, desde considerar que integra la protección de diversos derechos como señalaba la STS de 24 de Junio de 2000 (la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la vida, la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes, el derecho a la seguridad, la protección de la familia y los hijos, y la paz familiar), hasta mantener su configuración como un delito a caballo entre las injurias y las lesiones<sup>393</sup> o que protege la incolumidad<sup>394</sup>, el bienestar personal<sup>395</sup>, la indemnidad personal<sup>396</sup>, siendo la

---

<sup>391</sup> La delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones también ha sido objeto de discutida elaboración doctrinal pero puede decirse que es “la integridad personal entendida en sus proyecciones de integridad física o corporal y de salud física y mental” (ROMEO CASABONA, C.M.: “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, p. 925).

Sobre esta cuestión vid., DIEZ RIPOLLES (“El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, 1998, pp. 705 y ss.) para quién el doble concepto de “integridad y salud personales” representa la más adecuada formulación del bien jurídico protegido y entiende que no está justificado sustituir este bien jurídico por el de “incolumidad personal” al considerar que es demasiado amplio e impreciso.

<sup>392</sup> VALMAÑA OCHAÍTA, S.: “La respuesta penal a la violencia contra las mujeres. El delito de malos tratos del artículo 153 del Código Penal español”, *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, 2011, p. 51.

<sup>393</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 27.

<sup>394</sup> CONDE PUMPIDO, C.: “Las relaciones personales con la víctima en las lesiones”, Comentarios a la legislación penal, *Revista de Derecho Privado*, Tomo V, Volumen 2, Madrid, 1985, p. 895; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de los delitos de lesiones*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 30 y ss.

<sup>395</sup> BERISTAIN IPIÑA, A.: “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal español y comparado”, *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, 1971, p. 214.

<sup>396</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Las lesiones” ..., cit., p. 105.

consideración del bien jurídico integridad física y salud física y mental la opción que ha suscitado mayor consenso doctrinal.

2) Otros autores consideran que a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título de las lesiones, el bien jurídico protegido por el artículo 153 CP trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden (como los relatados anteriormente), llegando a afirmar que lo que se protege con el tipo de violencia de género del artículo 153 CP “es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, o dicho con otras palabras, la paz familiar”<sup>397</sup>.

En esta línea, la Circular de la Fiscalía General del Estado de 19-7-2005 sostiene que el artículo 1 LO 1/04, de 28-12, efectúa una declaración programática acerca de los bienes jurídicos que son específicamente lesionados cuando el hombre ejerce violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja, abordando la violencia sobre la mujer desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona, por lo que las conductas de violencia de género no sólo son representativas de una violencia intersubjetiva sino que encierran un desvalor añadido al atentar a otros valores constitucionales de la mujer (derecho a la igualdad, no discriminación por sexo, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja)<sup>398</sup>.

Se sostiene incluso que la acción típica del artículo 153 CP es pluriofensiva de manera que se lesionan bienes jurídicos como la seguridad e integridad ante ataques

---

<sup>397</sup> En este sentido se pronuncia CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil, Síntesis y Ordenación de la Doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 51 y ss.

<sup>398</sup> La Circular 4/2005, de 19 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género señala que los bienes jurídicos afectados “trascienden lo personal y se extienden a valores constitucionales de primer orden: libertad, integridad física y psíquica, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, interdicción de tratos inhumanos y degradantes, seguridad, protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos”.

cuantitativamente leves y se atribuye al ámbito doméstico el estatuto de bien jurídico protegido “entendido no solamente como un espacio afectivo, sino como espacio de desarrollo de la personalidad en condiciones de igualdad y dignidad”<sup>399</sup>.

3) Otros autores afirman que se trata de un tipo pluriofensivo en el que se protege la integridad física/psíquica y la integridad moral<sup>400</sup>, aunque en lo que atañe al art. 153 CP se prefiere hablar de discriminación y de ataque contra la dignidad<sup>401</sup>.

Se argumenta que el maltrato ocasional contiene una agresión contra la integridad moral, ya que el ataque dirigido contra la integridad personal del sujeto en un contexto de violencia de género será al mismo tiempo una agresión contra la integridad

---

<sup>399</sup> En este sentido se pronuncia MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un Derecho Penal...”, cit., pp. 126 y 127 y “El delito de maltrato ocasional del artículo 153...”, cit., pp. 118 y 119, quién afirma que elevar a la categoría de bien jurídico protegido al ámbito doméstico choca con la ubicación sistemática del delito dentro de los delitos de lesiones en donde se valoran daños a la salud.

Este autor también critica que de una bofetada en el ámbito familiar se deduzca per se automáticamente una revelación de una relación de desigualdad basada en una posición de dominación del hombre sobre la mujer, ya que implica no valorar la gravedad real de los hechos y presumir al agresor un futuro delito de malos tratos habituales que todavía no ha cometido, más propia de un Derecho penal de autor y lejos de la responsabilidad penal por el hecho realizado (MENDOZA CALDERÓN, S.: Ob. cit.).

Sobre esta cuestión, vid., GALÁN MUÑOZ, A.: “De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. NUÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2011.

<sup>400</sup> En este sentido se pronuncia FUENTES OSORIO, J.L.: “El artículo 513.1 CP: ¿tipo atenuado?”, *InDret*, nº 4, Barcelona, 2014, pp. 14 y 15, quién también afirma que ese carácter pluriofensivo de la agresión contra la integridad personal en una situación de violencia de género son integrados por algunos autores en un bien jurídico global: protección del normal desarrollo de la personalidad de la mujer (comprometida en una situación de sometimiento machista), argumentando que no se puede identificar la integridad moral con la dignidad humana ya que cualquier bien jurídico se asocia finalmente con la dignidad humana que aparece así como un principio rector del Derecho penal.

<sup>401</sup> En este último sentido vid., LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de género en la ley...*, cit., pp. 24 y ss.

moral en la medida en que persigue mediante violencia física, la humillación y degradación de la víctima como objetivo principal<sup>402</sup>.

4) Otro grupo de opinión mantiene que el artículo 153 CP como delito pluriofensivo tiene dos bienes jurídicos protegidos, por un lado, el bien integridad física y psíquica y, por otro, el de la autonomía personal de la mujer<sup>403</sup>, manifestación de su dignidad personal, y el plus de punibilidad vendría justificado por la especial relación entre víctima y victimario, situación de la que este se aprovecha para agredirla<sup>404</sup>.

En esta línea argumental, RAMOS VÁZQUEZ afirma que si antes habían tres corrientes doctrinales a la hora de abordar la problemática del bien jurídico protegido (la que consideraba que era el mismo que del resto de delitos de lesiones, la que entendía que era la pacífica convivencia familiar, y la que afirmaba que era la integridad moral), con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004 se unía “una cuarta posibilidad: ¿podría ser el bien jurídico protegido la consideración para con la mujer, su integridad física y psíquica, su esfera de derechos y libertades?”, relatando que no sería descabellado plantear que el bien jurídico del artículo 153 CP sea la integridad de la mujer, integridad entendida en sentido amplio, esto es, no sólo como integridad física

---

<sup>402</sup> FUENTES OSORIO, J.L.: Ob. cit.

Consecuencia de este planteamiento se ha suscitado la cuestión de si tras la ubicación del delito de violencia doméstica habitual (art. 173 CP) entre los delitos contra la integridad moral y la continuación del delito de violencia doméstica aislada (art. 153 CP) entre los delitos de lesiones son tan distintos ambos delitos, al efecto vid., CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal...”, cit., pp. 260 y 261.

<sup>403</sup> La designación del objeto de tutela adicional “autonomía de la mujer” ha sido criticada por ser excesivamente genérico e indeterminado y poco extrapolable a las figuras próximas de violencia asistencial o familiar, al efecto vid., RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., p. 129.

<sup>404</sup> En este sentido se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal...”, cit., pp. 158 y ss.



## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

sino también como conjunto de condiciones que precisa para el libre y digno desarrollo de su personalidad y, en definitiva, de su vida<sup>405</sup>.

Este último autor también critica que este objeto de tutela sería excesivamente genérico e indeterminado, pero considera que ello no impide ampliar la propuesta de bien jurídico, ya que no sólo se protege la integridad de la mujer sino también la integridad de quienes ocupan en la relación de convivencia una posición vulnerable que les lleva a sufrir la dominación (física o psíquica) del agresor, llegando incluso a proponer una reubicación sistemática guiada por el nuevo bien jurídico con la creación de un Título específico dentro del Libro II CP que reuniera los delitos de violencia de género en consideración a las especialidades de este tipo de delitos<sup>406</sup>.

Para terminar el mismo afirmando que tras años de discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido del delito de malos tratos “y tras un primer principio de pacificación de la doctrina con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003 (que parecía otorgar la razón a quienes mantenían que era la integridad moral), la Ley Orgánica 1/2004 ha supuesto una nueva vuelta de tuerca en la que, la cuestión del sexo del sujeto pasivo ha pasado a un primer plano”<sup>407</sup>.

Dentro de esta visión pluriofensiva del art. 153 CP también se mantiene la existencia de un bien individual<sup>408</sup> y otro supraindividual: el propio de la mujer agredida y el género femenino al que pertenece<sup>409</sup>.

---

<sup>405</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido...”, cit., pp. 756 y ss.

<sup>406</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: Ob. cit. Sobre esta cuestión vid., RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 130-131.

<sup>407</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: Ob. cit.

<sup>408</sup> Se afirma también que “si se tiene en cuenta que la finalidad primordial del artículo 153 es la de asegurar la paz y convivencia familiar, el bien jurídico protegido en este delito excede de la protección exclusiva del individuo: se trata de un bien jurídico autónomo, relacionado íntimamente con las relaciones específicas del ámbito familiar” (RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “El delito de malos tratos cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Poder Judicial*, nº 62, 2011, pp. 114 y 115).

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Se razona en este sentido que cuando un hombre somete a las conductas sancionadas penalmente a una mujer está afectando a un doble bien jurídico, porque si bien, por un lado, afecta al concreto bien jurídico de carácter individual del que es portadora la concreta mujer objeto de violencia (integridad física, tranquilidad, capacidad de adoptar decisiones), por otro, con esa misma conducta se está afectando a otro nuevo bien jurídico que en este caso tiene un carácter colectivo o macrosocial y que es de exclusiva titularidad femenina<sup>410</sup>.

Se parte por tanto, de una presunción iuris et iure de pluriofensividad que causa una doble victimización: la de la mujer como persona y la del género femenino como colectivo social subyugado y oprimido, de manera que “cada vez que un hombre maltrata a quién es o ha sido su mujer está lesionando los bienes jurídicos individuales que a ella le pertenecen pero además, estaría no solamente poniendo en peligro, sino lesionando el bien jurídico colectivo pertenencia al género femenino históricamente subyugado al masculino. De esta forma, se trataría de castigar una conducta que victimiza tanto a la mujer singularmente objeto de violencia como al propio género al que ella pertenece”<sup>411</sup>.

Con este planteamiento se afirma que se ofenden dos bienes jurídicos, el propio y personal de la víctima maltratada, y otro, integrado por el hecho de la pertenencia al género femenino<sup>412</sup>, que sería abstractamente agredido<sup>413</sup>, siendo objeto de críticas que

---

<sup>409</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, p. 437; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De las lesiones”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª Edición, Coord. QUINTERO OLIVARES, 2011, p. 113.

<sup>410</sup> Sobre esta cuestión vid., LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., p. 18; FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción...”, cit., p. 91.

<sup>411</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, pp. 152 y 157.

<sup>412</sup> Sobre la importancia de la perspectiva de género para analizar los delitos de violencia contra la mujer, vid., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva,

se haya creado un bien jurídico colectivo: pertenencia al género femenino (históricamente sometido al género masculino), al considerarse que sostener que un acto de violencia de género lesiona a todo el género femenino implica establecer una presunción de inferioridad, de mayor vulnerabilidad de la mujer en pareja y sancionar al hombre por su pertenencia al género masculino<sup>414</sup>.

5) Por último, se ha llegado a sostener que en el artículo 153 CP junto a los bienes jurídicos individuales de la mujer también se protege un bien jurídico de carácter colectivo que sería “la paz en el núcleo familiar como problema colectivo con rango de

---

perspectiva de género y derecho penal: algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

<sup>413</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal...”, cit., p. 424.

Esta tesis de que concurren dos bienes jurídicos diferentes sirve para justificar la diferente respuesta penal entre la agresión que tiene como víctima a la mujer de la misma agresión sufrida por un varón. Aunque también se ha mantenido que se puede justificar dicha diferencia sin necesidad de acudir a la teoría del doble bien jurídico, ya que como será objeto de análisis en otro capítulo de esta tesis, la STC 59/2008, de 14 de Mayo, señala que la mayor gravedad de la pena del art. 153.1 CP no se determina por el sexo del agresor sino en atención a la desigualdad en que se producen las agresiones de la que se aprovecha el varón.

<sup>414</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, 2008, pp. 117 y ss.

En la misma línea, QUINTERO OLIVARES relata que es frecuente oír que en los delitos de violencia de género se ofenden dos clases de bienes jurídicos “los que pertenecen a la mujer como individuo sujeto de derechos y los que van más allá de ella y pertenecen conjuntamente al género femenino, postrado históricamente por la violencia del varón y por un sistema político y jurídico que consagraba la diferencia y la postración de la mujer”, pero muestra su oposición a esta teoría del doble bien jurídico al considerar que la mayor gravedad de la pena del art. 153.1 CP no está determinada por el sexo del agresor/víctima (como sostienen los partidarios de apreciar la dualidad de bienes jurídicos) sino por la desigualdad en que normalmente se producen las agresiones y de la que se prevalece el varón (QUINTERO OLIVARES, G.: “La ley penal y la violencia de género”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Directora ROIG TORRES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 69 y ss.).

derechos humanos”<sup>415</sup>, e incluso se ha suscitado la cuestión de si con la política legislativa existente en la materia de violencia de género no se estará dando entrada de forma imprecisa a un nuevo bien jurídico, “el interés a ser tratado como igual, a alcanzar la igualdad real, precisamente por sujetos que sólo son iguales formalmente”<sup>416</sup>.

## **D.2. Posición jurisprudencial.**

### **D.2.1. Pronunciamientos jurisprudenciales relativos al antiguo artículo 153 CP.**

1. Artículo 153 CP como delito pluriofensivo (integridad física/integridad moral).

En los primeros pronunciamientos judiciales se afirmaba que se pretendía supraproteger la integridad física, **alegando existir un plus denigrador de la dignidad personal**<sup>417</sup> cuando se produce la agresión en el ámbito familiar, al revelar una situación

---

<sup>415</sup> PÓRFILO TRILLO NAVARRO, J.: “Bienes jurídicos protegidos y mantenimiento de la falta del artículo 620 del Código Penal en la Ley de protección integral de la mujer”, *La Ley*, nº 6793, 2007.

Este planteamiento se basaría en el cambio operado del enfoque internacional del problema de la violencia sobre la mujer que pasa a ser considerado una violación de derechos humanos.

<sup>416</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo...”, cit., p.10., quién argumenta que el mayor desvalor de la violencia de género se halla en que representa una lesión de la igualdad, que se convierte en un bien jurídico autónomo: derecho fundamental a la igualdad.

Postura que entiendo excesiva atendida la función propia del Derecho penal y el ámbito de actuación del mismo (art 25 CE), ya que confunde el bien jurídico protegido con la finalidad o ratio legis.

Sobre esta cuestión vid., OLMEDO GAYA, A.I.:” El sistema de tutela ante la violencia de género: aspectos jurídicos y políticos”, *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. JIMÉNEZ DÍAZ, Dykinson, 2009, p. 349.

<sup>417</sup> La SAP de Jaén de 13 de Noviembre de 1998 ya señalaba que es mayor el desvalor de la acción por la humillación y la erosión de la personalidad de la víctima.

En el mismo sentido se pronunciaban las SSTS de 20 de Diciembre de 1996 y de 26 de Junio de 2000, la SAP de la Coruña de 19 de Noviembre de 1997, la SAP de Córdoba de 9 de Marzo de 1998, la SAP de Baleares de 27 de Marzo de 1998, la SAP de Las Palmas de 5 de Diciembre de 1998, la SAP de

*El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

de desigualdad y una posición de dominación del sujeto activo respecto del sujeto pasivo del delito. **Se afirmaba que el antiguo artículo 153 CP contemplaba una acción típica pluriofensiva lesionando bienes jurídicos como la seguridad e integridad ante ataques leves**, atribuyéndose al ámbito doméstico el estatuto de bien jurídico protegido, entendido como un espacio afectivo y como espacio de desarrollo de la personalidad en condiciones de igualdad y dignidad (SAP de Tarragona de 26-7-2004).

En este sentido, se señalaba que el tipo penal contemplaba un círculo especial de sujetos pasivos y su relación con el agresor, otorgándose especial protección a las relaciones familiares al existir una mayor indefensión de la víctima (SAP de Alicante de 3-3-2004).

CORCOY BIDASOLO<sup>418</sup> al analizar el citado tipo penal con la redacción establecida por LO 14/1999, de 9 de Junio, afirmaba que se trataba de un delito de peligro abstracto contra la salud individual, sin que se exigiera un resultado de lesión (STS de 24-6-2000), y que existían dos líneas jurisprudenciales al efecto de determinar el bien jurídico protegido del mismo, la que era partidaria de la teoría monista y la partidaria de las teorías mixtas.

El Tribunal Supremo en distintas resoluciones afirmaba que el art. 153 CP había sido creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia y que se trataba de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante<sup>419</sup>, aduciendo que se trataba de valores constitucionales<sup>420</sup> que giraban en torno a la necesidad de dicha tutela<sup>421</sup>.

---

Córdoba de 12 de Febrero de 1999, la SAP de Córdoba de 21 de Abril de 1999, y la SAP de Asturias de 25 de Noviembre de 1999.

<sup>418</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>419</sup> Al efecto vid., la STS de 26 de Junio de 2000 -FJ 4- y la STS de 7 de Septiembre de 2000 -FJ 2-.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Así la STS de 24 de Junio de 2000 señalaba que “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10 CE-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino también a la integridad física y moral, con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 CE- y en el derecho a la seguridad -art. 17 CE-, quedando también afectados principios rectores de la política social, económica, como la protección de la familia, (...) el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, (...) el bien jurídico protegido es la paz familiar sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes” -FJ 4-<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> Se entendía que el maltrato familiar, como exteriorización de una situación de dominación del hombre sobre la mujer, atentaba a valores constitucionales como la libertad y dignidad y trascendía de la intimidad del núcleo familiar donde se producía (GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº V, 2001, p. 130).

<sup>421</sup> En similar sentido, la Circular 1/1998 de la FGE señalaba que “el artículo 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además, y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los artículos 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (artículo 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39)”.

<sup>422</sup> En parecidos términos se pronunciaba la STS de 11 de Marzo de 2003 que señalaba que el bien jurídico protegido era mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar. En idéntico sentido se pronunciaba la STS de 13 de Abril de 2006.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

En este sentido, el Tribunal Supremo mantenía que el delito de violencia doméstica tipificado en el art. 153 CP constituía un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generaban y que por ello era dudoso que fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II del CP ("De las lesiones") porque el bien jurídico protegido por este precepto se extendía más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden<sup>423</sup>, llegando a afirmar que el bien jurídico protegido no era propiamente la integridad física de los agredidos sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trataba propiamente de un delito contra las personas sino contra la relaciones familiares<sup>424</sup>.

El Tribunal Supremo argumentaba que lo que se pretendía tutelar era la preservación del ámbito familiar como una comunidad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, y que el bien jurídico protegido era la paz familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan lo que convierte el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque el maltrato familiar conlleva una relación asimétrica de dominio de una persona sobre los familiares convivientes<sup>425</sup>, llegando a afirmar que existían dos bienes jurídicos claramente diferenciados, la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> Al efecto vid., las SSTs 927/2000, de 24 de Junio y 662/2002, de 18 de Abril.

<sup>424</sup> De esta forma se pronunciaba la STS de 24 de Marzo de 2003 -FJ 4-.

<sup>425</sup> Al efecto vid., la STS de 18 de Junio de 2003 -FJ 3-.

En este sentido, la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 3 de Septiembre de 2007 manifestaba también que el antiguo art. 153 del CP (delito de maltrato habitual) "a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III relativo a las lesiones, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden (...), lo que se protege con el tipo de violencia de género del art. 153.1 del C.P es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, o dicho con otras palabras, la paz familiar" -FJ 2-.

<sup>426</sup> Criterio mantenido por la STS de 14 de Mayo de 2004 -FJ 3-.

En la misma línea, la SAP de Zaragoza, sección 3ª, de 23 de Junio de 2006 recogía que "como dice la STS de 4 de Abril de 2005 el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

2. Otro grupo de resoluciones judiciales entendían que el bien jurídico protegido no era plural.

Como las que consideraban que era un delito contra la integridad moral de ciertos miembros familiares (SAP de Almería de 6-10-1999), o contra la paz y la armonía familiar (SSTS 22-1-2001<sup>427</sup>, 25-10-2001 y 22-1-2002; SAP de Burgos de 21-3-2003; SAP de Sevilla de 30-7-2003).

Otras resoluciones entendían que en todo supuesto de malos tratos entre parejas, lo que en realidad se constataba era un desprecio a la mujer, que era considerada inferior al hombre y por tanto obligada a someterse a los dictados de este, y que lo que se buscaba con el maltrato, ya sea físico o psíquico, era humillar a la mujer, para forzar su voluntad, y conseguir su sometimiento por medio del miedo, lo que encajaba en lo que se define como violación de la integridad moral al ser la mujer degradada, vejada y humillada<sup>428</sup>.

### **D.2.2. Pronunciamientos judiciales relativos al vigente artículo 153 CP.**

#### 1. Posición del Tribunal Constitucional: Delito pluriofensivo.

El alto Tribunal considera que la conducta del varón agresor se inserta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto, lo que

---

153 CP constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, el bien jurídico protegido por el art. 153 CP trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden” -FJ 2-.

<sup>427</sup> Esta resolución señalaba como bien jurídico protegido “la pacífica convivencia familiar”.

En esta misma línea se han pronunciado entre otras, la SAP de Ciudad Real de 30 de Septiembre de 1998, la SAP de Badajoz de 27 de Marzo de 2000, la SAP de Zaragoza de 1 de Junio de 2000 y la SAP de Asturias de 8 de Febrero de 2001.

<sup>428</sup> Al efecto vid., la SAP de Barcelona de 17 de Abril de 2000.



### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

refleja un mayor desvalor de la violencia de género en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja (SSTC 95/2008, de 24 de Julio y 45/2009, de 19 de Febrero).

De igual forma argumenta que no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto, y que por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado (STC 59/2008, de 14 de Mayo -FJ 8-).

#### 2. Posición del Tribunal Supremo:

Este Tribunal ha seguido una posición vacilante en esta materia. En ocasiones parece aceptar la consideración del art. 153 CP como delito pluriofensivo cuando afirma que la modificación legislativa de este precepto ha tenido como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, en atención al mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, puesto que el agresor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así a su acción de una violencia mucho mayor

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

que la que su acto objetivamente expresa, produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto<sup>429</sup>.

En cambio, en otras resoluciones afirma que la integridad o salud física o psíquica es el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, y que el nuevo artículo 153 CP intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia<sup>430</sup>, admitiendo la coexistencia autónoma entre el delito de lesiones y el delito tipificado en el artículo 153 CP al ser un delito autónomo con sustantividad propia<sup>431</sup>.

En esta última línea argumenta que los bienes jurídicos protegidos del delito de maltrato habitual (artículo 173 CP) y del delito de lesiones en el ámbito doméstico (artículo 153 CP) son diferentes, por lo que la sanción por ambos delitos no supone infracción del principio non bis in idem, afirmando que mientras para el primero, el bien jurídico es la propia dignidad de la persona que, como víctima, así se ve denigrada, junto con la protección de la paz familiar y del derecho a la seguridad, en el segundo, se protege la salud y la integridad física y psíquica de la persona, dañadas con la comisión de unas lesiones que son elevadas por el legislador a la categoría de delito, como manifestación de política criminal acerca del mayor respeto que merece la protección de la vida en familia<sup>432</sup>.

### 3. Posición de las Audiencias Provinciales:

#### 3.1. Artículo 153 CP como delito pluriofensivo.

---

<sup>429</sup> Al efecto vid., la STS de 24 de Noviembre de 2009 -FJ 3-, la cual invoca en apoyo de sus argumentos la STC 95/2008, de 24 de Julio y la STC 45/2009, de 19 de Febrero.

<sup>430</sup> Al efecto vid., la STS de 10 de Noviembre de 2011 -FJ 3- y la STS de 14 de Marzo de 2012 -FJ 3-.

<sup>431</sup> Al efecto vid., la STS de 18 de Diciembre de 2014.

<sup>432</sup> Al efecto vid., la STS de 13 de Mayo de 2014 -FJ 4-.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Algunas Audiencias consideran que se trata de un delito pluriofensivo, afirmando que el art. 153 CP, a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título de las lesiones, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden (como el derecho a la dignidad de las personas), y que lo que se protege con el tipo de violencia doméstica es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, debiendo sancionarse todos aquellos actos que, aunque sean puntuales, exteriorizan una actitud tendente a convertir la familia en un ámbito regido por el miedo y la dominación, ya que nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otra<sup>433</sup>.

En este sentido diversas resoluciones mantienen que el art. 153 CP tiene una doble vertiente: la integridad física y psíquica y el mantenimiento de la paz familiar, suponiendo un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, al ser esta norma penal creada con la finalidad de proteger la dignidad de la persona humana en el seno familiar y sancionar la situación de dominio<sup>434</sup> y de poder de una persona sobre su pareja y los menores conviviente, lo que implica que la acción deberá lesionar más allá de la integridad física y ser instrumento de discriminación, dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> Así se pronuncian la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 17 de Enero de 2007 -FJ 2-, la SAP de Valencia, sección 1ª, de 31 de Julio de 2007 -FJ 4-, la SAP de Baleares, sección 1ª, de 17 de Abril de 2008 -FJ 3- y la SAP de Valencia, sección 1ª, de 22 de Abril de 2008 -FJ 1-.

<sup>434</sup> En sentido contrario, la SAP de Burgos, sección 1ª, de 26 de Junio de 2007 entiende que el delito previsto en el artículo 153.1 CP no requiere una especial situación de dominio sobre la víctima -FJ 5-.

<sup>435</sup> Así se pronuncian la SAP de Jaén, sección 2ª, de 29 de Enero de 2007 -FJ 2-, la SAP de Pontevedra, sección 4ª, de 26 de Julio de 2007 -FJ 2-, la SAP de Granada, sección 2ª, de 16 de Enero de 2009 -FJ 2-, la SAP de Pontevedra, sección 4ª, de 22 de Diciembre de 2014 -FJ 3- y la SAP de Burgos, sección 1ª, de 13 de Enero de 2015 -FJ 4-.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Se sostiene por tanto, que la acción tiene un componente pluriofensivo que no sólo lesiona la integridad o indemnidad física sino también los deberes de respeto y asistencia que se derivan de la previa relación familiar<sup>436</sup> y que el tipo penal pretende dar protección no sólo a la integridad personal de la víctima (en su doble dimensión de física y psíquica), sino que trasciende y se extiende a valores constitucionales tales como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, proscribiendo tratos inhumanos y degradantes y afecta a principios rectores de la política social y económica, como son la protección de la familia y de los hijos<sup>437</sup>.

Se afirma que los delitos de los artículos 147, 148 y 153 CP se comprenden en el Título III, "De las lesiones", del Libro II del Código Penal, y que aunque en ambos casos el bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica de la persona, en el delito del artículo 153 CP, el bien jurídico protegido tiene mayor amplitud abarcando la dignidad de las personas y la protección de la familia<sup>438</sup>.

3.2 Otro grupo de resoluciones judiciales consideran que el bien jurídico protegido no es plural.

Frente a esta posición plural del bien jurídico, en otras resoluciones parece que se mantiene que el bien jurídico protegido es la paz familiar<sup>439</sup> (por lo que no se trataría

---

<sup>436</sup> En este sentido se pronuncia la SAP de Tarragona, sección 4ª, de 28 de Enero de 2008 -FJ 2-.

<sup>437</sup> Al efecto vid., la SAP de Madrid, sección 27ª, de 30 de Junio de 2008 -FJ 3-, la SAP de Zaragoza, sección 1ª, de 10 de Septiembre de 2009 -FJ 2- y la SAP de Madrid, sección 27ª, de 22 de Diciembre de 2014 -FJ 6-.

<sup>438</sup> Al efecto vid., la SAP de Logroño, sección 1ª, de 6 de Febrero de 2015 -FJ 5-.

<sup>439</sup> Así la SAP de Zaragoza, sección 1ª, de 6 de Febrero de 2015 sostiene que "el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar" -FJ 2-.

En contra de considerar la paz familiar como bien jurídico se ha pronunciado la SAP de Sevilla, sección 4ª, de 23 de Octubre de 2008 que señala que la paz familiar "alude a un conjunto de valores que tienen sentido en relación con la violencia familiar y doméstica y con la habitualidad de la misma, pero que no son extrapolables a los actos ocasionales de violencia de género en la pareja (...) precisamente porque se trata de conductas que pueden ser por completo ajenas a cualquier ámbito familiar (...) y que se

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

propriadamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática) y así se afirma que lo que ha pretendido el legislador en la redacción actual del art. 153 CP es la erradicación de la violencia doméstica y de género, protegiendo el ámbito familiar de la dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende<sup>440</sup>.

Se argumenta que el art. 153 CP transforma en delito conductas que con anterioridad constituían falta, incorporando a la protección que dispensa el Código un nuevo bien jurídico, la vida familiar pacífica, ya que las lesiones que por afectar en grado mínimo a la integridad física carecían de entidad delictiva pasan a tenerla por afectar al pacífico desarrollo de la vida familiar, entendida como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad<sup>441</sup>, siguiendo al efecto el criterio mantenido, entre otras, en las SSTS 1177/09, de 24 de Noviembre y 654/09, de 8 de Junio, en las que se establece que lo que ha pretendido el legislador con el artículo 153 CP es la erradicación de la violencia sexista en el ámbito familiar, entendido como núcleo de convivencia, por lo que se justifica la exasperación del castigo en atención al referido bien jurídico protegido<sup>442</sup>.

---

castigan en su propia consideración de actos individualizados, sin necesidad de insertarlos en ningún "microcosmos de temor y dominación", expresión que puede ser adecuada para la violencia habitual pero que huelga en la ocasional. No es gratuito (...) que a partir de la LO 11/2003 violencia ocasional y violencia habitual se sitúen sistemáticamente en distintos títulos del Código Penal, cuyas rúbricas hacen referencia a bienes jurídicos distintos. Por ello, cualquier intento de interpretar los delitos de los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 sobre las pautas jurisprudenciales establecidas para el actual artículo 173.2 implica mezclar manifestaciones delictivas que pueden estar relacionadas -no siempre será así- pero que en todo caso son jurídicamente distintas y diferentes" -FJ 2-.

<sup>440</sup> Al efecto vid., la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 28 de Mayo de 2007 -FJ 3-.

<sup>441</sup> En tal sentido vid., la SAP de Vizcaya, sección 6ª, de 20 de Julio de 2007 -FJ 2- y la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 12 de Septiembre de 2007 -FJ 4-.

<sup>442</sup> Al efecto vid., la SAP de Zaragoza, sección 1ª, de 14 de Enero de 2015 -FJ 4- y la SAP de Albacete, sección 2ª, de 5 de Febrero de 2015 -FJ 5-.

En cambio, en otras resoluciones se considera que el bien jurídico no es la paz familiar sino la salud o integridad física o psíquica, afirmando que al lado de la integridad o salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, el artículo 153 CP intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia<sup>443</sup>.

### **E) Toma de postura.**

A mi juicio, el artículo 153 CP se trata de un delito pluriofensivo, que contempla conductas de menoscabo psíquico, lesiones leves o malos tratos de obra, cuyo bien jurídico protegido es “la integridad corporal y la salud física o psíquica, así como la dignidad de la persona dentro del ámbito doméstico”<sup>444</sup>.

Posición que considero acertada atendida la ubicación sistemática del precepto, las concretas acciones típicas que contempla y la finalidad de la LO 1/04, de 28-12, que otorgó la redacción actual al precepto examinado, cuya finalidad es erradicar la violencia de género, castigando tanto actos aislados o puntuales de tal violencia como los malos tratos habituales a través del artículo 173 CP.

En efecto, en el artículo 153.1 CP junto al ataque a la integridad corporal y salud hay un plus, que es el que concentra la esencia y fundamento del delito y justifica la

---

<sup>443</sup> En estos términos se pronuncian la SAP de Barcelona, sección 7ª, de 17 de Agosto de 2007 - FJ 1-, la SAP de Madrid, sección 27ª, de 15 de Noviembre de 2007 -FJ 4- y la SAP de Madrid, sección 26ª, de 8 de Enero de 2015 -FJ 1-.

<sup>444</sup> En este sentido vid., SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª Edición, Madrid, 2006, p. 124.

También defienden la existencia de un bien jurídico plural, autores como, entre otros, CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género...*, cit., pp. 51 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un Derecho Penal...”, cit., pp. 126 y ss. y “El delito de maltrato ocasional del artículo 153...”, cit., pp. 118 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal...”, cit., pp. 158 y ss.; FUENTES OSORIO, J.L.: “El artículo 153.1 CP...”, cit., pp. 14 y ss.; y PÓRFILO TRILLO NAVARRO, J.: “Bienes jurídicos protegidos...”, cit.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

agravación penal del mismo en relación a conductas idénticas producidas en otros ámbitos que antes eran constitutivas de meras faltas<sup>445</sup>, derivado del mayor desvalor de este tipo de violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja<sup>446</sup>.

Por esa razón considero que se ha cuestionado acertadamente lo que se pretende proteger con las medidas penales implantadas por la LO 1/2004, de 28 de Diciembre (las cuales se han introducido basándose en tipos penales preexistentes), debiendo plantearnos cual es el fundamento material del art. 153 CP que explique por qué es más grave la violencia si es de género<sup>447</sup>. Esto es, analizando si existe un plus de antijuridicidad que justifique la agravación de la pena cuando el sujeto activo del delito reúne las condiciones típicas del art. 153.1 CP.

A mi juicio, podemos identificar ese “plus” con el ánimo de dominación<sup>448</sup> del varón sobre su pareja/ex pareja femenina, lo que impedirá como se analizará

---

<sup>445</sup> Las faltas de lesiones y de malos tratos se suprimen por la LO 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica el Código Penal que las sustituye por los delitos leves de lesiones y de malos tratos.

<sup>446</sup> En los mismos términos se pronuncian las SSTC 59/2008, de 14 de Mayo, 95/2008, de 24 de Julio y 45/2009, de 19 de Febrero.

<sup>447</sup> Sobre esta cuestión vid., RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 39-40.

Este mismo autor mantiene, en mi opinión con acierto, que “comprender qué es ese algo más exige profundizar en el concepto violencia de género y, lógicamente acudir para ello al artículo 1 de la LO 1/2004. Y en relación con éste es necesario destacar, ante todo, su pleno valor normativo: no se trata de una Exposición de Motivos, sino del primer precepto de aquella Ley, de la disposición que se ocupa de establecer su objeto y definir la violencia contra la que se pretende actuar, no sólo desde el Derecho Penal...” (RAMÓN RIBAS, E.: Ob. cit., p. 120).

<sup>448</sup> Ánimo de vejación, de discriminación del varón respecto de su pareja o ex pareja, en la línea del artículo 1.1 LO 1/2004, ya que para la aplicación del art. 153.1 CP considero que es precisa la acreditación de un elemento de dominio o desigualdad entre agresor-víctima de acuerdo con el bien jurídico protegido por este precepto de forma que no basta la mera agresión material sino que se exige el plus que supone que la agresión responda a una situación de dominio o abuso de superioridad del varón sobre la mujer, por lo que la acción deberá lesionar más allá de la integridad física y ser instrumento de dominación, discriminación o subyugación, enlazando con la dignidad e integridad moral del sujeto.

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

posteriormente<sup>449</sup> la aplicación automática del precepto<sup>450</sup>, dado que no todo maltrato ocasional con o sin lesión conculcará por sí sólo el bien jurídico protegido por el mismo<sup>451</sup>, siendo necesaria la comprobación efectiva de la lesión del bien jurídico, referido también, como decimos, a la dignidad de la mujer.

En esta línea la STS 58/2008, de 25 de Enero, afirma que los casos de agresiones mutuas entre los miembros de la pareja nada tienen que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, lo que impediría aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 CP por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger<sup>452</sup>.

En esta línea argumental se ha sostenido acertadamente que el bien jurídico protegido sería más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad al relevar la agresión el ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> Vid., infra, cap. VII, la posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.

<sup>450</sup> En este mismo sentido, se ha mantenido que si se demuestra la inexistencia de la persecución del fin del artículo 1 LO 1/2004 no será de aplicación el art. 153.1 CP ya que “si tuviera lugar la agravación de modo automático se vulneraría el mandato de igualdad, pero no en sede legislativa sino judicial” (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal...”, cit., pp. 159-160).

<sup>451</sup> En idéntico sentido al propuesto vid., DOMÍNGUEZ NARANJO, M.C.: “El bien jurídico protegido del artículo 153 del Código Penal”, *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 865 y ss.

<sup>452</sup> También consideran que estamos ante un bien jurídico plural, entre otras resoluciones, las SSTC 59/2008, de 14 de Mayo, 95/2008, de 24 de Julio y 45/2009, de 19 de Febrero, y la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre.

En este sentido, la Circular de la FGE 4/2005, de 19 de Julio, señala que los bienes jurídicos afectados se extienden a valores constitucionales de la mujer de primer orden como el derecho a la igualdad, a la no discriminación por sexo, la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja.

<sup>453</sup> En el mismo sentido vid., ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba en el proceso de violencia...”, cit., p. 360.



## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Lo cierto es que uno de los aspectos más polémicos de la aplicación de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se refiere a si el delito del art. 153.1 CP exige algún elemento más de los contenidos en la descripción típica, y, en particular, si es preciso que concurra un ánimo de dominación específico del autor que identifique un plus de lesión a la dignidad, o si por el contrario, es de aplicación automática.

Se trata de una cuestión de notoria importancia que determinará la concurrencia o no del tipo según el criterio que se adopte, entendiéndose que las violencias singulares del art. 153.1 CP para que tengan la consideración de “delito de violencia de género” deben ejercerse como “manifestación de la discriminación, la situación de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (plus de dominación) conforme a la perspectiva de género que introduce el art. 1.1 de la LO 1/2004 (que lleva por rúbrica “objeto de la ley”).

De esta manera, considero que no es suficiente una subsunción literal del tipo sino que se precisa una subsunción valorativa de forma que no es suficiente que el varón golpee a la mujer en el ámbito propio del precepto sino que dicho golpe debe manifestar asimismo una relación de poder del primero sobre la segunda, lo cual implica que dicha conducta sea expresión no de una simple violencia sino de la violencia de género, que es la que se pretende erradicar.

Por tanto, el artículo 153.1 CP castiga violencias que no sólo incidirán en los bienes jurídicos salud e integridad sino que supondrán también la lesión de otro bien jurídico asociado a la manifestación y ánimo de dominación, lo cual justifica su configuración como delito de violencia de género, ya que este precepto no sólo castiga los malos tratos de obra y las lesiones sino *algo más, y ese algo más profundiza en el*

---

En sentido contrario se ha argumentado que si bien en la violencia habitual (art. 173.2 CP) la situación de subordinación, de dominio, y de sometimiento de la víctima puede encontrar su acomodo en la exigencia típica de habitualidad, en el art. 153 CP se castigan violencias determinadas y concretas por lo que no formaría parte del tipo en modo alguno el sometimiento de la víctima, que por su definición no existe en las agresiones puntuales (SAP de Gerona, sec. 4ª, de 6 de Noviembre de 2007).

## *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

*concepto de violencia de género*<sup>454</sup> (art. 1.3 de la LO 1/2004 y art. 3 del Convenio de Estambul).

En esta línea argumentativa se entienden planteamientos como los suscitados con acierto por algunos autores que consideran que el artículo 153.1 CP por su condición de delito de violencia de género lesiona algo más, además del bien respectivamente protegido por las lesiones leves y malos tratos (“salud e integridad física y psíquica”), lo que justifica su ubicación sistemática en el Título de las lesiones, el bien jurídico “integridad moral”<sup>455</sup>.

Y la respuesta que se de, será determinante para afirmar si se ha cometido dicho delito, porque si se opta por la opción que mantengo deberá comprobarse en el caso concreto si la violencia leve ejercitada sobre la mujer lesiona efectivamente dicha integridad moral. Es decir si el tipo penal tiene, por proteger dos bienes jurídicos, un doble contenido de injusto, siendo en tal caso necesario acreditar su lesión para entender cometido el delito, siendo preciso, por tanto, acreditar que la conducta afecta a ambos bienes jurídicos, ya sea lesionándolos, ya sea poniéndolos en peligro. Lectura del tipo penal en clave de doble contenido de injusto que modificará su significado y aplicación ya que si se opta por considerar que es precisa la lesión de la integridad moral, ya no es suficiente lesionar la salud y el dolo debe abarcar dicha nueva lesión<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> En el mismo sentido vid., RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 111 y ss.

<sup>455</sup> RAMÓN RIBAS sostiene que ante la pregunta de que protege el delito del art. 153.1 CP puede responderse: a) los mismos bienes que tutelan los delitos y faltas de lesiones (la salud e integridad física y psíquica); o b) los bienes citados y además la integridad moral de la mujer que sufre el acto de violencia de género (RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009).

<sup>456</sup> Como se analizará posteriormente existe al efecto dos posiciones:

La mayoritaria que considera que el art. 153.1 CP es de aplicación automática conforme a las previsiones de su tenor literal que sólo exige una lesión o maltrato leve (sin exigir además una lesión de la integridad moral de la mujer), y la minoritaria (que cada día tiene más partidarios entre los que me incluyo) que considera que para entender cometido este delito es necesario que la violencia ejercitada sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.

### *El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

En este sentido, podemos hablar de un doble contenido de injusto que evidencia su carácter complejo y consiguiente mayor gravedad, que antes de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 autorizaba su consideración como delito y no como mera falta (actualmente delito leve).

El injusto de la acción no consiste, por tanto, sólo en el atentado a la integridad física sino en el ataque a otro bien jurídico relevante como la integridad moral, por lo que el hecho tiene carácter pluriofensivo, de manera que la sanción que pudiera derivarse de su sola subsunción en las antiguas faltas de lesiones o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho.

De esta forma la configuración del art. 153 CP como un delito de carácter pluriofensivo puede constituir un acierto al justificar la configuración como delito de la suma de un trato degradante, que no lesiona gravemente la integridad moral, y una antigua falta de lesiones o malos tratos, por lo que debe rechazarse la idea de que el delito de violencia puntual y el delito de violencia habitual presenten un injusto de idéntica o similar gravedad, pues el art. 153.1 CP castiga una violencia singular que afecta además a la integridad moral y el art. 173.2 CP es un delito que parte de la ejecución plural de violencias<sup>457</sup>.

---

Conforme a la posición mayoritaria este tipo penal supondría la mera conversión de las antiguas faltas de lesiones y maltrato en la categoría de delito, pero realmente no se trata de simples violencias leves sino de algo más en cuanto humillan o degradan a la mujer lesionando su integridad moral.

Sobre dicha conversión, vid., BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal ...”, cit., pp. 12 y 13; CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal...”, cit., pp. 260 y ss.

También será objeto de análisis posterior si el art. 153.1 CP requiere un elemento subjetivo del injusto o si no exige tal elemento adicional al dolo y se trata simplemente de que el dolo abarque la lesión a la integridad moral. Se analizará por tanto si el varón debe tener la intención de degradar o humillar a la mujer o si es suficiente que la violencia tenga lugar en un contexto de degradación o humillación que aunque no sea perseguida por el agresor si sea conocida por él porque resulta consustancial a su conducta.

<sup>457</sup> RAMÓN RIBAS, E.: Ob. cit.

*El bien jurídico protegido del art. 153 CP.*

Con estos argumentos se responde a la duda planteada de si debe exigirse la lesión de un nuevo bien jurídico además de la integridad física/psíquica o salud (lo cual justifica su ubicación sistemática en el Título de las lesiones), de si es la integridad moral de la mujer dicho nuevo bien jurídico, y de si debe considerarse que el tipo del artículo 153 CP tiene un doble contenido de injusto<sup>458</sup>, que a su vez exige el debido conocimiento en términos de dolo y evidencia su mayor complejidad<sup>459</sup> y gravedad.

---

<sup>458</sup> Sobre esta cuestión, vid., GÓMEZ RIVERO, C.: “El presunto injusto de los delitos contra la violencia de género”, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. NUÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2011.

<sup>459</sup> En relación a la complejidad del art. 153 CP vid., SOLÉ RAMÓN, A.M.: “¿Es la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un nuevo elemento del tipo en los delitos de violencia de género?”, *La Ley*, nº 7347, 2010.

## **CAPÍTULO V.**

### **PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 153.1 CP.**

La regulación del art. 153.1 CP ha sido criticada por entender que choca con los principios básicos de una legislación penal acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE), al configurar un tipo penal agravado en función de la condición sexual del sujeto activo/pasivo del delito<sup>460</sup>.

En palabras de MAQUEDA ABREU es con la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, cuando puede comenzar a hablarse de un Derecho penal sexuado<sup>461</sup>, y es precisamente esta tutela penal sexualmente diferenciada -que tiene algún precedente en los ordenamientos europeos<sup>462</sup>- la que ha sido objeto de muchas objeciones<sup>463</sup>.

---

<sup>460</sup> Sobre esta cuestión vid., RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; ABEL SOUTO, M: “Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

<sup>461</sup> MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género...”, cit., p. 02:10.

<sup>462</sup> Ej. Código Penal sueco tras su reforma de 1998 (Sección 4ª del Capítulo 4º). Al efecto vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual, y a los modelos de abordaje normativo”, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 76 y ss.

<sup>463</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 12, 2008, p. 14.

Como opiniones críticas vid., IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Coord. MUERZA ESPARZA, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 24 y ss.

Frente a la posición doctrinal que entiende adecuada a la legalidad constitucional dicha regulación -al responder a la necesidad de acabar con la violencia doméstica existente desde antiguo sobre la mujer por parte del hombre- existe otra que afirma que la misma vulnera una serie de principios constitucionales, como serían el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad de las penas, el principio non bis in idem, e incluso el principio de presunción de inocencia conectado con el principio de culpabilidad. En esta misma dirección también se cuestiona la legitimidad del precepto desde la posible vulneración de otros principios penales como el principio de legalidad o el de seguridad jurídica, sin olvidar el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, en su configuración del Derecho penal como última ratio, y el principio de intervención mínima que debe regir su aplicación, de forma que sólo se castiguen penalmente los ataques más graves al bien jurídico protegido, debiendo evitarse la instrumentalización política del Derecho penal a estos fines<sup>464</sup>.

Veamos algunos de tales principios presuntamente vulnerados.

#### **A) El principio de igualdad.**

Recogido en el art. 14 CE<sup>465</sup>, establece la no discriminación por razón de sexo. La regulación del art. 153.1 CP puede pugnar con este principio<sup>466</sup> ya que si el sujeto pasivo del delito es la mujer y el sujeto activo el hombre, la conducta se agrava<sup>467</sup>.

---

<sup>464</sup> Sobre las quebras de principios penales en las sucesivas reformas del Código Penal vid., RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido...”, cit., pp. 741 y 742; BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal...”, cit., p. 25; RUEDA MARTÍN, M.A.: *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Colección familia y derecho, Madrid, 2012, p. 101.

<sup>465</sup> El artículo 14 CE establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Señalando el artículo 9.2 CE que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan y dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

El Tribunal Constitucional ha venido elaborando una doctrina sobre el derecho a la igualdad en la ley<sup>468</sup>, cuyos rasgos esenciales, sintetizados en la STC 76/1990, de 26 de Abril -reproducidos por la STC 253/2004, de 22 de Diciembre-, serían los siguientes:

a) No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 CE sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una

---

<sup>466</sup> Sobre esta cuestión vid., MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTÍNEZ, G.: “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 77, 2010; REY MARTÍNEZ, F.: “La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, *Tutela jurisdiccional frente la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Coord. HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 31 y ss.; MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la violencia de género...*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>467</sup> Es automáticamente calificada como delito del art. 153.1 CP cuando anteriormente era únicamente una falta (actualmente un delito leve), concretamente como un tipo agravado en relación al párrafo 2 del citado art. 153 CP.

Crítica acertadamente BOIX REIG en el prólogo de *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, que estamos ante la creación de figuras delictivas por razón de los sujetos, en la que se transforman conductas constitutivas de antiguas faltas en delito no por razón de la conducta, de la efectiva lesión del interés jurídico protegido sino en atención al sujeto pasivo, que resulta cuestionable conforme a los principios de igualdad y proporcionalidad.

<sup>468</sup> Sobre esta cuestión, vid., ZOCO ZABALA, C.: “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad formal y material: sentencias del tribunal constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 20, Pamplona, 2008; TORRES DÍAZ, M.C.: *Las otras. Género, sujetos e igualdad en la ley integral*, Centro de estudios sobre la mujer, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2009, pp. 91 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: “Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1999, pp. 107 y ss.; RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la protección de la mujer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 222 y ss.; RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 31, 1991, pp. 9 y ss.

*Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

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

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

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

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

También el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de tal modo que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación<sup>469</sup> o, dicho de otro modo, impide que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación

---

<sup>469</sup> La igualdad es un concepto relacional ya que para hablar de una diferencia de trato debe de existir un término de comparación, al efecto vid., GAVARA DE CARA, J.C.: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Pamplona, 2005.



que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (STC 181/2000, de 29 de Junio)<sup>470</sup>.

En definitiva como señala TORRES DÍAZ, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades (no las diferencias) que resulten injustificadas por no estar fundadas en juicios de valor generalmente aceptados, y para que sea constitucionalmente aceptada la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida de manera que se eviten resultados excesivamente gravosos<sup>471</sup>.

En esta cuestión podemos distinguir dos posiciones doctrinales.

#### **A.1. Partidarios de considerar adecuada la regulación legal.**

FUENTES SORIANO mantiene que la misma no es discriminatoria dado que la violencia de género en modo alguno puede asimilarse a otro tipo de violencia interpersonal, por lo que no existe una identidad de supuestos fácticos con la violencia ejercida por la mujer sobre el varón, ni tienen ambas la misma motivación ni consecuencias, por lo que una actuación violenta que en principio cabría considerar idéntica en ambos supuestos (ej. un mero bofetón) no lo es atendida la finalidad en el caso de la violencia de género de mantener la posición de dominio del varón y vistas las consecuencias que produce a la víctima -al generarse una situación de violencia

---

<sup>470</sup> El TC acoge la interpretación del principio de igualdad como un principio de igualdad material, como una igualdad de resultados y no de punto de partida (STC 128/1987) que incluso legitima en determinados supuestos un trato desigual de casos similares. En parecidos términos se pronuncia el Derecho Comunitario (artículos 2 y 3 del Tratado de Amsterdam de 1997 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo).

<sup>471</sup> TORRES DÍAZ, M.C.: *Las otras. Género, sujetos...*, cit., p. 103.

Sobre el principio de igualdad y el mandato de no discriminación vid., LAURENZO COPELLO, P.: "La violencia de género en la Ley Integral...", cit., pp. 11 y ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: "Principio de igualdad y aspectos penales de la Ley Integral contra la violencia de género", *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Coords. FERNÁNDEZ PANTOJA/CRUZ BLANCA, Jaén, 2007, pp. 209 y ss.

estructural que preside la relación entre el hombre y la mujer- a diferencia de la violencia puntual que pueda padecer el varón. Por ello, considera que la violencia que pueda padecer el hombre y la mujer en el ámbito doméstico no parte de situaciones homologables, lo que permite una regulación diferenciada al ser la misma objetiva y razonable, entendiendo adecuadas y proporcionadas las penas impuestas conforme el fin perseguido por la norma y al considerar que la violencia de género en si misma tiene una mayor gravedad sobre la víctima que la que deriva de una mera agresión física<sup>472</sup>.

En parecidos términos se expresan otros autores que afirman que la violencia de género no tiene parangón con la violencia sufrida por el hombre por razón de su sexo, por lo que estamos ante situaciones de hecho desiguales que exigen constitucionalmente un tratamiento diferenciado<sup>473</sup>.

Se argumenta que la regulación legal no vulnera el principio de igualdad, ya que el art. 14 CE debe interpretarse en conexión con el art. 9.2 CE y dado que el hombre y la mujer no son iguales en el punto de partida de la estructura social, sino se remueven los obstáculos existentes que impiden esa igualdad, la ley no será un instrumento de igualdad sino de perpetuación de las desigualdades, por lo que se entiende necesario introducir un trato diferencial como elemento estructural de la norma, adoptando las medidas pertinentes que favorezcan la igualdad real, es decir medidas de acción positiva a favor de la mujer<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica...”, cit., pp. 11 y 12.

<sup>473</sup> En este sentido vid., RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, p. 96.

Sobre las medidas de acción positiva en la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, y su relación con los principios de igualdad, culpabilidad y de presunción de inocencia vid., GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004...”, cit., pp. 185 y ss.

<sup>474</sup> Sobre esta cuestión vid., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Se alega que las mujeres se encuentran en una situación de subordinación en el reparto de roles sociales que favorece la permanencia de una cultura de superioridad y dominación por parte del hombre, existiendo una situación de desequilibrio inicial que implica que la declaración de igualdad del art. 14 CE no sea real, por lo que deben removerse los obstáculos que impiden esa igualdad real de forma que se propicie la plena equiparación en el ejercicio de los derechos de los colectivos más desfavorecidos (SSTC 28/1992 y 229/1992).

En este sentido se considera que el trato desigual que supone la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, no es inconstitucional sino que tiene su apoyo legal en el citado art. 9.2 CE, que es necesario establecer medidas de protección para quienes sufren más actos de violencia (las mujeres), y que la igualdad no se consigue equiparando -dando un trato igual- sino diferenciando, apoyando y protegiendo a quienes se encuentran en situación de inferioridad. En último término, las mujeres son las destinatarias de la violencia de género porque el varón pretende mantener la situación de dominación que ejerce sobre las mismas, por lo que la protección reforzada a la mujer se basa en que la violencia de género constituye un tipo específico de violencia asociado a una posición de dominio en la estructura social por parte del hombre sobre la mujer, que justifica una protección reforzada de la misma, sin que ello implique una merma de protección de los varones al entender suficiente la normativa existente para protegerles de las agresiones de sus parejas femeninas<sup>475</sup>.

FUENTES SORIANO relata que la nueva tipificación de las conductas de violencia de género nada tiene que ver con las teorías de la acción positiva -de difícil

---

NAVEROS, M.T.: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 40 y ss.

<sup>475</sup> En esta línea se encontrarían los votos particulares de COMAS D'ARGEMIR I CENDRÁ y AGUIAR DE LUQUE en el Informe del CGPJ de 24-6-2004 al Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

Sobre los argumentos a favor del encaje constitucional de esta regulación vid., COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: "La violencia doméstica y de género...", cit., pp. 63 y ss.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

encaje en el Derecho penal- ni con el Derecho penal de autor ni con la pretendida vulneración del derecho fundamental a la igualdad, sino que su agravación punitiva se encuentra plenamente justificada desde la perspectiva del bien jurídico protegido y la especial gravedad de la acción cometida, por lo que no se define el tipo penal del art. 153.1 CP en función del sexo del autor/víctima sino que se trata de otorgar protección frente la violencia de género -que por definición la cometen los varones sobre las mujeres-, y la pena es superior a la de otros tipos penales al considerarse que las acciones de violencia de género en el ámbito familiar implican un plus o un desvalor que las convierten en lesiones más graves de los bienes jurídicos protegidos<sup>476</sup>.

En la misma línea se sostiene que la cuestión “no se presenta ya como una medida de discriminación positiva, pues su objeto no es resolver situaciones de desigualdad sino poner de manifiesto el mayor desvalor que acompaña a las conductas que inciden en un proceso de victimización social”<sup>477</sup>, llegando a afirmarse que “no son razones de desigualdad formal las que justifican el recurso al Derecho penal como instrumento de “discriminación positiva”, sino más bien de desigualdad material, marcada por unas determinadas pautas de conducta educativas y culturales que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad y de subordinación a la hora de disfrutar de determinados bienes (...) que el Ordenamiento Jurídico les reconoce en igualdad de condiciones que a los hombres”<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica...”, cit., pp. 1, 2 y 15.

<sup>477</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo...”, cit., p. 6.

<sup>478</sup> PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010, p. 325.

En contra de este planteamiento vid., BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal...”, cit., p. 24; DEL ROSAL BLASCO, B.: “La política criminal contra la violencia doméstica. ¿Alguien da más?”, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, Coords. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005, p. 348; POLAINO NAVARRETE, M.: “La Ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Coord. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Comares, Granada, 2008, p. 43.

## **A.2. Partidarios que entienden vulnerado el principio de igualdad.**

Sostienen que la normativa existente se aproximaría más a un Derecho penal de autor que a un Derecho penal del hecho al establecerse el tipo agravado del art. 153.1 CP en función de la condición sexual de la víctima/autor, teniendo presente que no caben delitos de sospecha por aplicación del principio del hecho o lesividad. Realmente, nos encontraríamos ante un tipo propio de un Derecho penal de autor según el cual cuando el hecho se ejecute por un varón siempre estará agravado, simplemente por el hecho del sexo de su autor<sup>479</sup>, y no ya por la concurrencia de la causa de agravación (exigencia esta última que respondería a características propias de un Derecho penal basado en la presunción de inocencia y en la culpabilidad por el hecho como es el nuestro). En este sentido se afirma que “parece que se pretende introducir en el ámbito penal un supuesto de discriminación positiva, tratando de beneficiar a la mujer. Pero en realidad, al presumir que siempre que el hombre realice una de estas conductas está presente la razón de la agravación, está estableciendo una discriminación directa de

---

Así se ha sostenido que “las medidas penales previstas por la Ley Integral para combatir la violencia de género son (...) legítimas y conformes a nuestra norma superior” (ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal”, *La Ley*, nº 6998, 2008, p. 21). Y que “la legalidad penal vigente en materia de violencia de género no supone una vulneración del principio de igualdad sino que, por el contrario, responde o se inspira en este mismo principio y es precisamente su respeto lo que la normativa pretende defender o restaurar” (ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Reflexiones sobre las medidas penales de protección contra la violencia de género”, *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Coords. GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GIRAU/ VALLE MARISCAL DE GANTE, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1763).

<sup>479</sup> En esta línea BOLDOVA PASAMAR/ RUEDA MARTÍN mantienen que la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, supuso la creación de figuras delictivas atendiendo exclusivamente a la circunstancia sexual del sujeto que o bien sufre la violencia o bien la realiza, prescindiendo de cualquier otro fundamento material de las mismas, dando lugar a un Derecho penal sexuado y a un Derecho penal del enemigo (BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer ...”, cit., pp. 1-3).

Muy crítico con esta última posición se posiciona QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal ...”, cit., pp. 148 y ss.

carácter negativo contra cualquier varón, que se manifiesta en toda su crudeza cuando, dándose los elementos del tipo objetivo, tal situación de dominación, sin embargo, no aparece por ningún lado”<sup>480</sup>.

Se argumenta que resulta evidente que para el empleo por el legislador de medidas de acción positiva en favor de los miembros de colectivos tradicionalmente discriminados (como serían las mujeres) es necesario que dicho colectivo haya padecido una situación constatable en el tiempo de marginación que ponga de manifiesto una discriminación de tipo estructural que haga imposible encontrar las causas precisas a las que obedece, pero que dichas medidas no pueden adoptarse en el ámbito penal donde no cabe la atribución de responsabilidad con carácter general sino por el hecho propio.

En esta línea crítica<sup>481</sup> se encontraba el criterio mayoritario del Informe del CGPJ de 24-6-2004 al Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer<sup>482</sup>, que entendía que cuando las necesidades de tutela

---

<sup>480</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: "La discriminación positiva en el ámbito penal", *Manuales de Formación Continuada*, nº 35, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 277 y ss.

Sobre la teoría de la discriminación positiva y sus límites vid., GIMÉNEZ GLUCK, D. y VALDECABRES ORTIZ, I.: "La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género", *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 45 y ss.

<sup>481</sup> En la misma posición contraria a la constitucionalidad del artículo 153.1 CP se posicionaron autores como BOLEA BARDÓN, C.: "En los límites del Derecho Penal...", cit., pp. 02:24 y ss., quién defendía que no era posible una interpretación del precepto conforme con la Constitución; ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 149 y ss., quién manifestaba no ser capaz de encontrar un bien jurídico protegido específicamente en el art. 153.1 CP; y MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., pp. 117 y ss., quienes asumen la tesis del Informe del CGPJ de 24-6-2004 al Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

<sup>482</sup> Este Informe fue aprobado por el Pleno del CGPJ por once votos a favor y siete en contra, suscribiendo estos últimos -que eran el sector más progresista del Consejo- un voto particular al efecto.

También fue crítico con esta regulación el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de ley integral de 24 de Junio de 2004, al efecto vid., REY MARTÍNEZ, F.: "Comentario a los informes del

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

surgen de un mismo fundamento la ley debe ser idéntica al ser las situaciones objetivas idénticas, sin que exista justificación para aplicar en esta materia medidas de discriminación o acción positiva<sup>483</sup> a favor de la mujer, ya que no existe una desigualdad inicial entre los hombres y las mujeres cuando se trata de la tutela penal y de la tutela judicial efectiva, que no se trata de bienes escasos a los que deba acceder la mujer, y que las medidas previstas de protección de la mujer tienen una aplicación automática sin límite temporal alguno.

Este informe del CGPJ -que no se refería específicamente al art. 153.1 CP- sostenía que las medidas promotoras de la mujer adoptadas por la Ley integral -que podían fundamentarse en la llamada discriminación positiva- no resultaban aplicables al

---

Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 14, UNED, 2004, pp. 505 y ss.

<sup>483</sup> Medidas de acción positiva son las dirigidas a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos para conseguir la igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos y remediar situaciones de desigualdad. Se trata de medidas de carácter temporal y que se retiran en el momento en que el grupo desfavorecido alcanza la igualdad de oportunidades.

Serían presupuestos para la existencia de medidas de acción positiva según el citado Informe del CGPJ de 24-6-2004 que existiera un desequilibrio real de grupo, que fueran necesarias para remover los obstáculos que impidan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que los obstáculos pudieran ser removidos con medidas de apoyo al colectivo desfavorecido con el objetivo de asegurar la igualdad real de oportunidades y que el trato especial más favorable fuera necesario como consecuencia de la escasez de los bienes a los que deben acceder las mujeres.

La discriminación positiva es una modalidad de acción positiva que tiene unas características propias y constituye una actuación normativa de favor con vocación de transitoriedad encaminada a eliminar la situación de infrarepresentación en áreas de participación social de determinados colectivos como consecuencia de prácticas discriminatorias.

Se ha afirmado que la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona, a un grupo respecto de otro similarmente situado, y de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona/s, y que las acciones positivas por el contrario sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre, discriminaciones directas, es decir tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, raza, etc., considerándose que no hay acción positiva alguna ni tampoco discriminación positiva en relación con los tipos penales contemplados por la LO 1/2004, de 28-12.

ámbito penal y suponían una discriminación negativa para el varón, aduciendo que en este ámbito no existe una situación de desequilibrio previo entre sexos que justifique la adopción de medidas de esta naturaleza, que no existía un incremento de injusto o de culpabilidad que aumentara el merecimiento de pena -por lo que estaríamos ante un ejemplo del Derecho penal de autor, de un Derecho penal del enemigo que vulneraría frontalmente los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad-. Que el legislador partía de una presunción legal de inferioridad de la mujer inaceptable, y que no se justificaba una situación de mayor necesidad de protección de la mujer que no pudiera solventarse con las agravantes genéricas de abuso de situación de superioridad, discriminación por razón de sexo o mixta de parentesco<sup>484</sup>.

GIMBERNAT ORDEIG llegaba incluso a comparar los principios de esta normativa con los que inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, afirmando que la filosofía de estos textos era la misma<sup>485</sup>.

En este sentido, se ha sostenido que en materia penal no tendrían cabida las acciones positivas o medidas de acción positiva<sup>486</sup> al no existir discriminación de hombres y mujeres ante la ley, atendiendo que la protección que otorga el Derecho penal a los bienes jurídicos protegidos no es un bien escaso sino igual para todos y que

---

<sup>484</sup> Sobre el contenido de dicho Informe vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 12:6; REQUERO IBAÑEZ, J.L.: “Ley orgánica integral de violencia sobre la mujer y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 4, 2004, pp. 13 y ss.

<sup>485</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la décima edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>486</sup> Se afirma que las medidas de acción positiva son ventajas concedidas a un colectivo que se encuentra en una posición de debilidad dentro de la sociedad pero que no implica perjuicios paralelos para otros grupos ni constituyen una excepción de la igualdad (GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004 ...”, cit., p. 189).

Sobre esta cuestión vid., BUSTOS BOTTATI, R.: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6, 2007, pp. 127 y ss.



### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

las medidas penales no remueven las condiciones que impiden la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer ya que la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos y castigar las conductas intolerables para la convivencia<sup>487</sup>.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia de 29-7-2005 en relación al art. 153.1 CP -que fue resuelta estimando la constitucionalidad de dicho precepto por la STC 59/2008, de 14 de Mayo- se preguntaba si dicha regulación pudiera justificarse con la doctrina de la “acción positiva” o del derecho desigual igualatorio (STC 229/1992, de 14 de Diciembre), y aunque el Alto Tribunal no realizó ningún pronunciamiento sobre la naturaleza de la medida al resolver la cuestión, la doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que se trata de una discriminación positiva que pretende remediar una situación de subordinación femenina a costa de provocar un efecto perjudicial para el varón, y los que entienden que no se trataría de una “acción positiva” al ser improcedente en ámbitos como el penal, en el que no existe ni desequilibrio previo ni escasez de bienes a los que pueda acceder la mujer<sup>488</sup>.

En definitiva, la mayoría de la doctrina entiende que el Derecho penal no es por su naturaleza un instrumento jurídico adecuado para establecer medidas de acción positiva ni de discriminación positiva a favor de la mujer<sup>489</sup>, ya que no puede aportar

---

<sup>487</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., pp. 124 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., pp. 40 y ss.

En parecidos términos se argumenta que en el Derecho penal no hay desequilibrio por lo que cualquier medida que tienda a favorecer a un grupo de personas supone el perjuicio directo para los que queden fuera (BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal ...”, cit., p. 02:24).

<sup>488</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004 ...”, cit., p. 192.

<sup>489</sup> Sobre la polémica acerca de la diferenciación entre las acciones positivas y las medidas de discriminación positivas vid., PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal...”, cit., p. 323, nota 10; RUIZ MIGUEL, A.: “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, nº 55, 2006, pp. 35 y ss.

soluciones a la desigualdad estructural -a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de normativa- atendiendo a que el hecho de agravar las penas no incide en el reparto de roles en las estructuras sociales ni el desigual acceso al trabajo<sup>490</sup>.

---

<sup>490</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española...”, cit., p. 101.

En estos términos se pronuncian MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., p. 48; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de Género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, p. 24; MATA Y MARTÍN, R.M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, pp. 43 y ss.

VILLACAMPA ESTIARTE sostiene que “en cuanto a la tutela de sus derechos fundamentales hombres y mujeres son iguales, es decir, no nos hallamos ante un contexto de déficit histórico de protección penal de las mujeres en relación con los hombres que deba compensarse promocionando a partir de ahora una mayor protección penal para las mujeres. La lógica de las medidas que persiguen la consecución de la igualdad material grupal no puede trasladarse al Derecho penal porque está formulada para supuestos de reparto equitativo de recursos escasos, y la justicia penal no puede identificarse con uno de ellos” (VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 12:13).

De forma similar se pronuncian GARCÍA ALBERO, R.: “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones en la discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, CGPJ, 2004, pp. 451 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., p. 08:20; LAURENZO COPELLO, P.: “Discriminación por razón de sexo...”, cit., pp. 78 y ss.

Otros autores consideran que fuera de la polémica de la constitucionalidad de la intromisión de las acciones positivas en el Derecho penal, el debate debería centrarse en si existen fundamentos que justifiquen una protección reforzada de la mujer en su condición de colectivo especialmente vulnerable (PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal...”, cit., pp. 322 y ss.), y que si la especial severidad de la sanción aplicable al hombre carece de una adecuada justificación constitucional pudiera entenderse vulnerado el principio de igualdad (ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 305 y 306).

Sobre esta cuestión vid., MATA Y MARTÍN, R.M.: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 115; REY MARTÍNEZ, F.: “La ley contra la violencia de género...”, cit., p. 35; SANZ MORÁN, A.J.: “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, cit., p. 63.

## **B) El principio de proporcionalidad.**

Se afirma que el artículo 153.1 CP puede conculcar este principio<sup>491</sup> ya que sólo la pena proporcional a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona conforme a la STCE de 20-7-1999 que señala que dentro del principio de legalidad del art. 25 CE se proscriben las penas desproporcionadas<sup>492</sup>.

El Tribunal Constitucional considera que una norma vulnera el principio de proporcionalidad de las penas cuando el sacrificio de derechos que la Constitución garantiza es innecesario o excesivo, bien por resultar innecesaria una reacción del tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito, y que la sanción penal no atenta al citado principio cuando la pena es

---

<sup>491</sup> Se ha sostenido que la regulación del art. 153 CP que posibilita la imposición de la pena de prisión se ha hecho a costa del principio de proporcionalidad en sus diversas manifestaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido vid., SANZ MORÁN, A.J.: “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho penal*, nº 11, 2004, p. 33; GARCÍA ARAN, M. y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, Marcial Pons, 2004, p. 121.

<sup>492</sup> ZULGADÍA ESPINAR, J.M.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Valencia, 2004, pp. 220 y ss.

Sobre el contenido del principio de proporcionalidad vid., DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en particular, pp. 29 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género...”, cit., pp. 407 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, Madrid, 2005, p. 158; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Valencia, 2010, p. 195; ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., p. 86; CAMPOS CRISTOBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, pp. 266 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: *Los nuevos delitos de violencia doméstica...*, cit., pp. 836 y ss.; SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 5ª Edición, Navarra, 2008, pp. 117 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M. y GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, Coord. MORALES PRATS, 9ª Edición, Pamplona, 2011, p. 126.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

necesaria para proteger un bien jurídico relevante socialmente, es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección de la norma y es proporcional entre la entidad del delito y la entidad de la pena, de modo que sólo se puede calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria cuando resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución de las finalidades perseguidas por el legislador y exista un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma (SSTC 55/1996, de 8 de Marzo, 161/1997, de 2 de Octubre y 136/1999, de 20 de Julio).

#### **B.1. El artículo 153 CP en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre.**

La constitucionalidad del maltrato singular en el ámbito familiar fue objeto de discusión antes de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, y el TC tuvo ocasión de pronunciarse en dos ocasiones -aunque lo fuera para inadmitir a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad en las que se discutía la posible vulneración del principio de proporcionalidad por la conversión en delito del maltrato singular-, en el ATC nº 233/2004, de 7 de Junio y en el ATC nº 332/2005, de 13 de Septiembre.

El Auto del TCE nº 233/2004, de 7 de Junio, inadmitió a trámite, por ser notoriamente infundada, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto de 24-1-2004 del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Vicente del Raspeig (Alicante) contra el artículo 153 CP -en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre- por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito antiguas faltas, señalando que la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger estaban constituidos no sólo por la libertad y la integridad física y psíquica de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, estando en “estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

dignidad de la persona (art. 10 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o también entre otros, la protección de la familia (art. 39 CE)” -FJ 5-<sup>493</sup>.

El TC rechazó la desproporcionalidad alegada en esta cuestión de inconstitucionalidad aduciendo simplemente que la misma no argumentaba sobre la existencia de una pena de menor intensidad y funcionalidad similar a la establecida y que la pena impuesta no era la única recogida ni se establecía como obligatoria ya que era alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Como el principio de proporcionalidad de las penas supone un límite al legislador conforme al cual la gravedad de las mismas debe guardar una relación valorativa con la gravedad del delito -de forma que se debe ajustar a la nocividad social de las conductas que castiga<sup>494</sup> - seguía la polémica de si la conversión en delito en el art. 153.1 CP de las antiguas faltas de maltrato sin lesión (con la consiguiente agravación de pena) estaría justificada dado que la misma conducta entre sujetos ajenos al ámbito doméstico era calificada antes de la LO 1/2015, de 30 de Marzo, como mera falta.

Esta discusión fue zanjada por el Auto del TC nº 332/2005, de 13 de Septiembre, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto de 30-6-2004 del Juzgado de lo Penal nº 12 de Valencia en relación con el art. 153 CP<sup>495</sup> -en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre-, por entender que existía un

---

<sup>493</sup> Para un examen del Auto del TCE nº 233/2004, de 7 de Junio vid., MAGRO SERVET, V.: “El auto del Tribunal Constitucional 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, nº 6088, 2004, p.4.

Para un análisis de este último Auto y del ATC nº 332/2005 de 13 de Septiembre vid., FACHAL NOGUER, N.: “Constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal”, *El Derecho*, 2006.

<sup>494</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., pp. 126 y ss.

<sup>495</sup> Para un análisis más detallado de este ATC por parte del propio Juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad vid., RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: “Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer”, *Boletín de Información*, nº 2049, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 4199 y ss.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

desequilibrio entre la gravedad del ataque al bien jurídico protegido y la sanción fijada por el legislador.

Tal cuestión de inconstitucionalidad -que también fue inadmitida por ser notoriamente infundada- fue planteada por la posible contradicción del art. 153 CP con el principio de legalidad y proporcionalidad de la sanción penal (arts. 1.1, 9.3, 10 y 25 CE) al entender que la agravación de unas conductas tradicionalmente consideradas faltas tenían su razón de ser en la cualidad del sujeto pasivo dado que la misma conducta cometida fuera del ámbito familiar seguía siendo calificada como falta, por lo que se trataba de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el hecho de que se cometieran en el ámbito familiar.

Frente a tales argumentos se afirmó que el hecho de que la agresión se produjera en el ámbito doméstico y familiar introducía un factor diferencial que justificaba el trato diferente y la mayor sanción punitiva, y que el art. 153 CP era idóneo para evitar las conductas que se tipifican y necesario para prevenir su comisión ante el fracaso de la anterior configuración de estas conductas como meras faltas.

El Auto del TC nº 332/2005, de 13 de Septiembre -que recuerda el ATC nº 233/2004, de 7 de Junio, por ser un supuesto idéntico- señaló que no existía un desequilibrio patente entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta a la vista de la relevancia de los bienes jurídicos que el precepto tutelaba y de la idoneidad de las sanciones previstas y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva y de igual eficacia.

Este Auto del TC mantuvo que cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y proporcionada, (...), debiendo de indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma o si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, (...), en segundo lugar, si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objeto del precepto, y,

finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena -FJ 4-.

El Tribunal Constitucional -partiendo de la consideración de que el principio de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónoma cuya alegación pueda efectuarse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales (STC 55/1996, de 28 de Marzo)- consideró adecuada a la legalidad constitucional la elevación de la antigua falta de lesiones cuando se cometía en el ámbito doméstico a la categoría de delito - art. 153 CP- por la especial relación que existe entre el sujeto activo del delito y sus víctimas<sup>496</sup> atendida la importancia del problema de la violencia doméstica y por la relevancia de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger<sup>497</sup>. Añadiendo, igualmente, que corresponde al legislador en exclusiva la potestad de configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que pretende conseguirlo, y que la imposición de la pena de prisión en el art. 153 CP no implicaba un reproche de desproporcionalidad, puesto que tal reproche sólo es aplicable cuando las medidas alternativas para prevenir las conductas delictivas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar para conseguir la finalidad perseguida por el legislador. Así pues, visto que la pena de prisión en el precepto referido no se configuraba como pena única sino como alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que cabía la adecuación de la pena a la gravedad de la conducta de violencia cometida, determinó que no existía un

---

<sup>496</sup> Se afirmaba que el plus de punibilidad venía justificado por la especial relación entre víctima y victimario, situación de la que este se aprovecha (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La última respuesta penal...”, cit., p. 1427; MAGRO SERVET, V.: “Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica”, *La Ley*, nº 5914, 2003, p. 2).

<sup>497</sup> Menciona el Tribunal Constitucional como intereses a proteger no sólo la libertad y la integridad física y psíquica de la víctima sino también la pacífica convivencia doméstica y su estrecha conexión con principios y derechos constitucionales como la dignidad de la persona (art. 10 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y entre otros, la protección de la familia (art. 39 CE).

desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la pena impuesta en el art. 153 CP.

### **B.2. El artículo 153 CP en su redacción actual.**

La STC 62/2005, de 14 de Marzo, incide también en la directa conexión del bien jurídico protegido con principios y derechos constitucionales, considerando que la respuesta penológica prevista en el artículo 153 CP no se apartaría de los valores constitucionales tutelados por la norma, sino que perseguiría una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica, de manera que el legislador habría combinado la pena de prisión con la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad atemperando la sanción penal a la entidad de las conductas de violencia doméstica.

El Tribunal Constitucional para salvar la quiebra del principio de proporcionalidad parece hacer referencia a un interés jurídico pluridimensional en el artículo 153 CP, de manera que como señala BOIX REIG “no sólo se protege la integridad personal, sino también otros bienes jurídicos, dado que es la única manera de concluir que no sólo es admisible una pena mayor a la establecida para el mero ataque a la integridad física o psíquica (la propia de una falta), sino que se transforme en conducta delictiva con un marco penal sustancialmente diferenciado”<sup>498</sup>.

GUDE FERNÁNDEZ señala que la STC 59/2008, de 14 de Mayo, que entiende adecuada a la legalidad constitucional el art. 153.1 CP concluye con un juicio positivo de proporcionalidad “atendiendo a la adecuación del diferente trato punitivo con el fin legítimo constitucionalmente protegido -la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad e igualdad de las mujeres sean reales y efectivas (art. 9.2 CE) y el respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)-, y a las

---

<sup>498</sup> BOIX REIG, J.: *La nueva ley contra la violencia ...*, cit., prólogo.

Este autor también sostiene que sorprende que se traiga a colación una amalgama de intereses jurídicos y que siempre ha sospechado que cuando se alude a muchos bienes jurídicos es que no se tiene claro qué se protege (BOIX REIG, J.: Ob. cit.).



limitadas (y proporcionadas) consecuencias que de la diferenciación normativa se siguen para el derecho fundamental a la libertad personal del sujeto activo (art. 17 CE) - la mínima agravación de la pena-<sup>499</sup>.

En sentido contrario, ROIG TORRES sostiene que esta regulación “quebranta el principio de proporcionalidad, ya que el aumento del castigo no se corresponde con la entidad del injusto, amén del principio del hecho, en tanto esa agravación no obedece a un incremento paralelo de la lesividad de la conducta individual sino que incide un factor ajeno”<sup>500</sup>.

### **C) El principio de culpabilidad.**

Se recoge en la Constitución como principio estructural básico del Derecho penal (SSTC 150/1991, de 4 de Julio; 44/1987, de 9 de Abril; 150/1989, de 25 de Septiembre; 246/1991, de 19 de Diciembre), como derivación de la dignidad de la persona y comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva, y que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal.

La pena sólo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” (SSTC 92/1997, de 8 de Mayo; 146/1994, de 12 de Mayo), por lo que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” (STC 150/199, de 4 de Julio<sup>501</sup>), y tampoco cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurre “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple

---

<sup>499</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004...”, cit., p. 199.

<sup>500</sup> ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 304 y 305.

<sup>501</sup> La STC 150/1991, de 4 de Julio, analiza las características de un Derecho penal de la culpabilidad frente a otro de autor. En la misma línea se expresa la STS 34/2003, de 22 de Enero.

negligencia” (SSTC 76/1990, de 26 de Abril; 164/2005, de 20 de Junio) o sin atender al “elemento subjetivo de la culpa” (STC 246/1991, de 19 de Diciembre).

En consecuencia procede distinguir entre:

### **C.1. Derecho penal del hecho versus Derecho penal de autor.**

El principio de culpabilidad se configura como un límite a la potestad punitiva del Estado e implica la aplicación del criterio de “la responsabilidad por el hecho” de forma que se responde penalmente por lo que se hace y no por lo que se es, presuponiendo el delito la realización de un acción u omisión, es decir un comportamiento activo u omisivo.

El Derecho penal del hecho implica que la imposición de la pena se vincula a la realización de una acción concreta descrita típicamente, representando la sanción la respuesta penal al hecho individual y no a la personalidad del autor o a los peligros que de él se esperan en el futuro, de forma que no se puede responder por hechos ajenos ni por pensamientos, personalidad o forma de ser<sup>502</sup>.

“El principio del hecho” se vulnera cuando la norma establece una responsabilidad por la personalidad del autor y cuando se impone una pena basándose en hechos presuntos<sup>503</sup>.

En contraposición a lo expuesto, el Derecho penal de autor atiende no a la conducta del sujeto activo sino a su personalidad, no a lo que hace sino a lo que es, por lo que lo importante no sería el hecho en si, sino lo que revela de la personalidad de su autor, imponiéndose la pena por la posibilidad de delinquir en el futuro. Así existen

---

<sup>502</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Violencia de género ...”, cit., pp. 130 y ss.

<sup>503</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987, p. 238.

autores que consideran que el art. 153 CP representa una manifestación del Derecho penal de autor que vulnera el principio de culpabilidad<sup>504</sup>.

## **C.2. Críticas de la regulación legal.**

Como ponen de relieve BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, la objeción a una posible inconstitucionalidad del art. 153.1 CP por infracción del principio de culpabilidad<sup>505</sup> se intentó superar introduciendo una tipificación expresa basada en la especial vulnerabilidad de la víctima que convive con el autor, atribuyéndole la misma penalidad que la prevista para el caso de la agresión del hombre sobre su pareja femenina<sup>506</sup>. La redacción de este precepto no hubiera planteado

---

<sup>504</sup> Al respecto vid., MATA Y MARTÍN, R.M.: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 120; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coords. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2006, p. 498.

También hay quién considera que el art. 153 CP es un ejemplo del Derecho penal del enemigo, al respecto vid., ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad...”, cit., p. 38.

Esta última tesis esta unida a aquella que considera el Derecho penal de género una manifestación de la discriminación positiva que podría llegar a ser una manifestación del Derecho penal del enemigo contrapuesto al Derecho penal del ciudadano (PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal...”, cit., p. 330).

<sup>505</sup> Y también del principio de igualdad según ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009, p. 42.

<sup>506</sup> Acerca de la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, vid., ALASTUEY DOBÓN, M.C.: “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, *La reforma penal entorno a la violencia doméstica y de género*, Coords. BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 57 y ss.

Sobre las razones de oportunidad política de la introducción de este supuesto de agravación vid., ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 263 y ss.; ACALE

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

problemas de discriminación si la agravación se hubiese centrado en general en todas las personas especialmente vulnerables, pero al distinguir el art. 153.1 CP como posibles sujetos pasivos del delito entre quién “... 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”, no exigiéndose en el primer caso convivencia en el ámbito de la relación de pareja y en el segundo si, puede dar la impresión que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer que puede no ser cierta en el caso concreto<sup>507</sup>.

La regulación penal de la LO 1/2004, de 28-12, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género fue criticada por entender que suponía el regreso

---

SÁNCHEZ, M.: Ob. cit.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2004. VIII Legislatura, nº 39, Sesión Plenaria nº 35, 7.10.2004, p. 1722.

La introducción de este segundo supuesto de agravación basado en la vulnerabilidad de la víctima ha supuesto una desnaturalización del objeto de protección de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, conforme recoge su artículo 1. Al respecto vid., LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., pp. 9 y 10; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 1209; MAQUEDA ABREU M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 178; ACALE SÁNCHEZ, M.: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 110 y 111; LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 2, 2005, p. 93.

<sup>507</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTIN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer ...”, cit., pp. 1577 y ss.

En idénticos términos se pronuncia RUEDA MARTÍN, M.A.: *La violencia sobre la mujer...*, cit., p. 72.

Estos autores sostienen que da la impresión que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer que puede no serlo en la situación concreta, atribuyéndole al varón lo que sería obra de otros conforme a un criterio de atribución de responsabilidad con carácter general por hechos ajenos en vez de por hechos propios (BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTIN, M.A.: Ob. cit.).

También BOLEA BARDÓN afirma que la especial vulnerabilidad de la víctima mujer en esta regulación se presume ex lege (BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal...”, cit., p. 198).

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

a un superado Derecho penal de autor -que vulneraba el principio de culpabilidad- puesto que el art. 1 de dicha Ley (objeto de la ley) señalaba el concepto de violencia que sería de aplicación, basándose en la intencionalidad del autor y no en datos objetivos, exigiendo que se emplee la violencia como un instrumento de discriminación y de poder, por lo que algún sector doctrinal ha sostenido que el elemento intencional es esencial para determinar la aplicación del art. 153.1 CP aunque no se recoja expresamente en su articulado, exigiéndose, en consecuencia, para la aplicación del precepto la presencia de un elemento subjetivo del injusto, de un especial animo discriminatorio revelador de una posición de dominación del hombre sobre la mujer.

Presumir en todo caso que las agresiones que sufren las mujeres por parte de su pareja o ex pareja masculina obedecen a motivos discriminatorios<sup>508</sup> y de dominación sería más propio de un Derecho penal de autor con vulneración del principio de presunción de inocencia del varón, por lo que en el caso de que existiera un móvil distinto -ej. la mera venganza- no debería aplicarse el art. 153.1 CP, a no ser que se presuma en todos los casos tal finalidad discriminatoria.

Frente a tales planteamientos se argumenta que de no presumirse tal ánimo subjetivo, el mismo es de muy difícil prueba y que en la generalidad de los casos conforme al principio *in dubio pro reo* supondría la inaplicación del citado tipo penal.

También se fundamenta la agravación en el peligro que representa el hombre para la mujer -lo cual es contrario al principio de responsabilidad por el hecho y al principio de culpabilidad-. Agravar la pena por razones relativas al autor y no por la mayor gravedad del injusto, que objetivamente es el mismo cuando la conducta la realiza una mujer, no atendiendo a la existencia de un plus de antijuridicidad, a si existe la vulneración de otro bien jurídico al margen de la lesividad de la conducta,

---

<sup>508</sup> Se afirma que la presunción de intención discriminatoria deducida de la LO 1/2004, de 28-12, supone una extralimitación jurídica porque, por un lado, la motivación de género no se daría con exclusividad en las relaciones conyugales o análogas, y por otro, dicha motivación no concurre en todas las conductas del varón respecto a la mujer (POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, 2008).

fundamentando el incremento punitivo en que es la mujer en la mayoría de los casos la víctima de la violencia doméstica, supone una presunción de mayor peligrosidad del varón inadmisibile.

En este sentido, se manifiestan algunos autores como BOLEA BARDÓN cuando sostiene que el principio de culpabilidad resulta infringido “cuando se agrava la pena del autor (hombre) partiendo de que estadísticamente la mayoría de los casos de violencia ejercida sobre la mujer se basan en situaciones de desigualdad y de dominación del hombre hacia la mujer, sin tener en cuenta otras posibles causas de dicha violencia y, lo que es más grave, sin necesidad de probar en el caso concreto que se ha actuado abusando de esa situación de dominación y por móviles discriminatorios”<sup>509</sup>.

En la misma línea, ROIG TORRES entiende que la regulación del art. 153 CP quebranta el principio de culpabilidad al no graduarse la pena en atención estrictamente a la responsabilidad de autor<sup>510</sup>.

También se ha afirmado que el principio de culpabilidad puede resultar vulnerado sino existe ningún fundamento material que explique la agravación prevista en el art. 153.1 CP y si este se aplica automáticamente -iuris et de iure-, por lo que resulta necesario encontrar un fundamento material que explique la limitación de la autoría a la condición de ser hombre, afirmando como tal fundamento el abuso de una posición dominante del hombre en su relación de pareja con una mujer y el móvil discriminatorio por pertenecer la víctima al sexo femenino<sup>511</sup>.

No se puede sostener el fundamento de una mayor pena en la afirmación de que el varón es por definición más peligroso que la mujer o en que la agresión se realiza con la intención de discriminarla y someterla porque no responde a la realidad criminológica de este delito y porque parece fijarse más en las características personales del autor que en las del hecho, ya que afirmar que la agresión es manifestación de la discriminación

---

<sup>509</sup> BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal ...”, cit., p. 02:25.

<sup>510</sup> ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., p. 305.

<sup>511</sup> Al efecto vid., RUEDA MARTÍN, M.A.: *La violencia sobre la mujer...*, cit., pp. 65 y 80 y ss.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

de la mujer y que refleja el abuso de poder del hombre supone una presunción contraria al reo inadmisibles en el Derecho penal<sup>512</sup>.

De forma distinta, algún autor, como SERRANO MASIP, niega que el artículo 153.1 CP contrarie el principio de culpabilidad penal ya que no hay una presunción legal de que en las agresiones del hombre hacia la mujer -que es o ha sido su pareja sentimental- concurra una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de especial vulnerabilidad de la víctima “porque la mujer, por el hecho de serlo, no es particularmente susceptible de ser agredida o de padecer un daño; es decir, no corre mayor riesgo o propensión de ser víctima. El mayor reproche penal del art. 153.1 CP obedece a que ciertas agresiones presentan una especial gravedad por el ámbito relacional en el que se producen y el significado objetivo que adquieren como expresión de una desigualdad estructural de género que atenta contra la dignidad de la mujer como persona”<sup>513</sup>.

En la misma línea FARALDO CABANA considera que el punto de partida es “la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata<sup>514</sup>, sino al efectivo y real desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política..., en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales”. Por lo que no se trata de proteger más a la mujer “por el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en que se encuentra cuando el hombre con el que

---

<sup>512</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género...”, cit., pp. 475 y ss.

En parecidos términos se expresa GALÁN MUÑOZ, A.: “De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”...”, cit., pp. 69 y 70.

<sup>513</sup> SERRANO MASIP, M.: “Análisis del estatuto de la víctima...”, cit., p. 739.

Idéntico argumento se utiliza en la STC 45/2009, de 19 de Febrero, para sostener la constitucionalidad del art. 171.4 CP.

<sup>514</sup> Sobre el peligro de acabar considerando a la mujer como ser intrínsecamente más débil vid., MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., pp. 179 y ss.

está o ha estado vinculada sentimentalmente ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación en su caso le proporciona”<sup>515</sup>.

**D) La STC 59/2008, de 14 de Mayo.**

**D.1. Argumentos de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto del artículo 153.1 CP.**

La STC 59/2008, de 14 de Mayo, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939-2005 planteada por el Auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia de 29-7-2005, al que se acumularon otras cuestiones<sup>516</sup>, en el sentido de desestimar la misma, al entender adecuada a la legalidad constitucional el precepto referido.

La cuestión de inconstitucionalidad se fundamentaba en la posible vulneración del art. 153.1 CP de la dignidad de la persona (art. 10 CE), del derecho a la igualdad

---

<sup>515</sup> FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género...”, cit., p. 90.

También hay autores que hacen referencia a la particular vulnerabilidad del género femenino porque su vida, integridad o libertad están expuestas a una amenaza intensa (LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., p. 08:20) o por la especial relación que le une con el maltratador (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La última respuesta penal...”, cit., pp. 1423 y ss.).

<sup>516</sup> En relación al art. 153.1 CP -redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de Diciembre- se suscitaron distintas cuestiones de inconstitucionalidad por órganos judiciales diversos, pero según el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, a fecha 14-5-2008, la constitucionalidad de la reforma en materia penal abordada por la LO 1/2004 fue el criterio abrumadoramente mayoritario de los órganos judiciales llamados a interpretarla y aplicarla, ya que las dudas de constitucionalidad sólo fueron suscitadas por 16 órganos judiciales respecto de los 835 órganos judiciales competentes en su aplicación.

En el mismo sentido se pronuncia FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 47 y 48.

Sobre las distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el art. 153.1 CP vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., pp. 12:9 y 12:10, quién pone de relieve que sólo a lo largo de los años 2006 y 2007 se admitieron más de cuarenta cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con el mismo precepto que fueron tramitadas conjuntamente por el TC.



### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

(art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)<sup>517</sup>, al considerar que por razón del sexo varón del agresor este precepto castiga más gravemente una conducta que la realizada en idénticas circunstancias por una mujer, dado que se impone una pena de prisión cuyo grado mínimo es superior a la que pudiera imponerse en idénticas circunstancias en el caso de que la agresora fuera la mujer y la víctima el marido, lo que afectaría también a la determinación de la pena alternativa a la privativa de libertad y a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento<sup>518</sup>.

Se alegó que el art. 153.1 CP establece consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos intervinientes, y que el precepto presupone un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, exigiendo una relación conyugal o de afectividad análoga actual o pasada, por lo que las notas definitorias de tal agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellas.

La duda de constitucionalidad se planteaba únicamente respecto del primer inciso del art. 153.1 CP (y no respecto al término “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”) al entender vulnerado el derecho a la igualdad al establecerse una discriminación por razón de sexo por la delimitación de los sujetos activo/pasivo del tipo como consecuencia de utilizar el sexo como criterio de diferenciación en situaciones iguales, sin justificación objetiva y razonable<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Sobre la argumentación de la cuestión de inconstitucionalidad vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., pp. 12:10 y ss.

<sup>518</sup> Procede destacar que la citada pena de inhabilitación carece de mínimo en el apartado primero del art. 153 CP y su máximo es de cinco años mientras en el apartado segundo del citado artículo se fija un mínimo de seis meses y un máximo de tres años, y que en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año la conducta realizada por el sujeto activo varón sobre la víctima mujer mientras la misma conducta al amparo del art. 153.2 CP se castiga con la pena de prisión de tres meses a un año en la que el sujeto activo puede ser mujer y la víctima varón.

<sup>519</sup> Se consideraba que la diferencia de trato punitivo no estaba justificada conforme a la doctrina de la “acción positiva” o derecho desigual igualatorio para dar un trato preferencial a las mujeres (STC

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Se afirmaba que el dato estadístico de la comisión de conductas de violencia conyugal no amparaba la agravación de conductas idénticas, que no podían establecerse presunciones legales de abuso de superioridad del hombre sobre la mujer o de especial vulnerabilidad de esta última, y que aunque el argumento discriminatorio pudiera justificar la agravación del tipo no se entendía adecuado limitar tal motivación únicamente al varón, estableciendo una presunción de intención discriminatoria en la actuación del hombre con extensión de la responsabilidad de grupo al individuo concreto, lo que implicaría una recuperación del Derecho penal de autor contrario al principio de culpabilidad, de responsabilidad por el hecho, y al derecho a la presunción de inocencia, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad, ya que en todas las relaciones de afectividad conyugal o análoga no siempre todas las conductas violentas producidas en su seno tienen necesariamente una motivación de género, máxime cuando lo que se castiga es el maltrato ocasional.

Se argumentaba que el presunto abuso de superioridad del varón como fundamento de la agravación construido a partir de la posición dominante del hombre sobre la mujer, en abstracto, además de reprobable desde el punto de vista de la

---

229/1992, de 14 de Octubre -FJ 2- y STC 3/1993, de 14 de Enero -FJ 3-) y que las medidas penales como la prevista en el art. 153.1 CP que suponía un endurecimiento del castigo en consideración a la condición sexual de los sujetos del delito no tendrían el carácter de acciones positivas al no ser susceptible de adoptarse medidas de tal naturaleza en ámbitos como el penal en los que no existe un desequilibrio previo de la mujer, y en los que no cabe compensar pasadas discriminaciones sufridas por la misma como colectivo social pues implicaría la imputación al varón de una responsabilidad colectiva que chocaría con el principio de culpabilidad o responsabilidad propios del Derecho penal.

Este derecho desigual igualatorio permitiría la adopción de medidas de acción positiva en un contexto de bienes escasos -mercado laboral, educativo- que se conceden a aquellos colectivos históricamente discriminados y de los que queda privado otro grupo (PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal...”, cit., p. 322).

Sobre esta materia vid., ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad”..., cit., p. 24; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 56.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

igualdad, en cuanto elevaría una observación sociológica a la categoría de presupuesto jurídico de agravación, se reconduciría a la hipótesis de interpretación de la norma como medida antidiscriminatoria, sin que pueda presumirse per se una mayor capacidad de ataque en el hombre y una menor capacidad de defensa en la mujer, ni una especial vulnerabilidad de la mujer en el maltrato ocasional necesitada de un plus de protección sino que habría que atender al caso concreto.

En conclusión, se suscitaban dos dudas centrales de inconstitucionalidad. Por una parte, si el art. 153.1 CP suponía un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo/pasivo. Y por otra, si se fundaba en una presunción contraria al principio de culpabilidad<sup>520</sup> en una doble dimensión: la primera, si existía una presunción legislativa de que concurría una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima, y la segunda, si se atribuía al varón una responsabilidad colectiva como representante de un grupo opresor<sup>521</sup>.

---

<sup>520</sup> SALA SÁNCHEZ, P.: “La Constitucionalidad del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 del Código Penal: síntesis de la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1724, quién considera que se podían entender vulnerados no sólo los principios de igualdad y culpabilidad sino también los principios de legalidad y taxatividad, de seguridad jurídica (por falta de referencia en el tipo del elemento de ánimo discriminatorio), de proscripción de discriminación (por contener una presunción de intención discriminatoria), de proporcionalidad (al carecer de justificación la desigualdad por razón de sexo), de presunción de inocencia (al no exigirse prueba del abuso de superioridad) y de dignidad (al basarse la agravación punitiva en la especial vulnerabilidad de la mujer).

<sup>521</sup> Frente a los argumentos expuestos se podría alegar, a sensu contrario, que la diferencia de trato constatada tiene una justificación objetiva y razonable, al castigar conductas que encierran un plus de antijuridicidad expresivas de unas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer, dado que las relaciones de pareja carecen de la neutralidad que se afirma y los condicionamientos socioculturales afectan a los sujetos de la misma como se desprende del dato objetivo del número de agresiones sufridas por las mujeres de manos de sus parejas o ex parejas masculinas, por lo que se puede entender que la protección de las mujeres requiere de medidas distintas para su efectiva protección, y que en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no se ha efectuado agravación punitiva,

## **D.2. Argumentos del Tribunal Constitucional.**

Las dudas de constitucionalidad relatadas fueron desestimadas por la STC 59/2008, de 14 de Mayo -sin perjuicio de la existencia de cuatro votos particulares<sup>522</sup>- en base a los siguientes razonamientos<sup>523</sup>:

---

estableciéndose la posibilidad al amparo del art. 153.4 CP de imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

Sobre los argumentos de la Fiscalía General del Estado y de la Abogacía del Estado que interesaron la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento de requisitos procesales y por ser notoriamente infundada vid., POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis...”, cit., pp. 9-11 y la STC 59/2008, de 14 de Mayo, pp. 21 y ss.

<sup>522</sup> La STC 59/2008, de 14 de Mayo -de la que fue ponente Sala Sánchez- fue aprobada por siete votos a favor y cinco en contra, pero la muerte sobrevenida de García Calvo y Montiel impidió la emisión del quinto voto particular.

Sobre un análisis detallado de esta Sentencia y de sus votos particulares vid., GALÁN MUÑOZ, A.: “De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”...”, cit., pp. 71 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal...”, cit., pp. 139 y ss.; ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 283 y ss.; GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; COLÁS TURÉGANO, A.: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal...*, cit.; FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género...*, cit., pp. 47 y ss.; BODELÓN GONZÁLEZ, E., BONET ESTEVA, M., GARRIDO JIMÉNEZ, L., HEIM, D. y IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)”, *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Coords. NICOLÁS LAZO/BODELÓN GONZÁLEZ/BERGALLI/RIVERA BEIRAS, 2009, pp. 247 y ss.; SALA SÁNCHEZ, P.: “La Constitucionalidad del delito de maltrato ocasional...”, cit., pp. 1721 y ss.; SÁNCHEZ CONDE, M.A.: “Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la

## *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

1) La interpretación de que el círculo de los sujetos activos del delito del primer inciso del art. 153.1 CP (que utiliza la expresión neutra “el que”) se restringe a los varones no es la única interpretación posible, entendiendo que sin perjuicio de otras posibilidades interpretativas, resulta válida la interpretación realizada por el Auto que planteaba la cuestión de inconstitucionalidad de considerar que el sujeto activo del delito ha de ser necesariamente un varón por la propia redacción del tipo que fija como sujeto pasivo del delito a “la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (varón) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia” y el propósito de la LO 1/2004 que introduce el precepto para combatir la violencia de género, por la que descarta una autoría femenina del delito, dado que se pretende luchar contra la violencia manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

2) El artículo 14 CE acoge dos contenidos diferenciados (SSTC 3/2007, de 15 de Enero, y 233/2007, de 5 de Noviembre), el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación, configurándose este principio general de igualdad, como “un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes

---

Violencia de Género”, *La Ley*, nº 6989, 2008; PULIDO QUECEDO, M.: “Sobre la violencia doméstica. (Nota en torno a la STC 59/2008...” cit.; TORRES DÍAZ, M.C.: *Las otras. Género, sujetos...*, cit., pp. 191 y ss.; LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, nº 1, Barcelona, 2009, pp. 10 y ss. y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009, pp. 37 y ss.; MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTÍNEZ, G.: “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley...”, cit., pp. 100-102; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)”, *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Coords. MARTÍNEZ FRANCISCO/GARCÍA-PABLOS DE MOLINA/MIRANDA DE AVENA, Comares, Granada, 2009, pp. 43 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La doctrina constitucional en materia de delitos de violencia de género”, *Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 49, CGPJ, Madrid, 2008; POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis...”, cit.

<sup>523</sup> Sobre esta materia vid., ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: “La constitucionalidad de la regulación penal de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2010.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas (STC 200/2001, de 4 de Octubre, FJ 4)” -FJ 5-.

3) Se ha admitido que los motivos de discriminación que el art. 14 CE prohíbe puedan ser utilizados “excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” -FJ 5-.

4) Es al legislador al que corresponde la determinación de la política criminal, los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente perseguibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 161/1997 y 136/1999), y en consecuencia, la redacción del art. 153.1 CP se sustenta en la intención del legislador de sancionar más gravemente unas conductas que entiende son de mayor gravedad y de mayor reprobabilidad atendido el contexto donde se producen, al ser tales conductas reflejo de la desigualdad existente en el ámbito de la pareja y de la posición de subordinación de la mujer.

5) La diferenciación de trato está plenamente justificada y depara unas consecuencias que no son desproporcionadas<sup>524</sup> atendida la finalidad perseguida con la misma de prevenir las agresiones de la mujer en el ámbito de la pareja como expresión del dominio del hombre sobre la misma, al considerarse a la mujer insuficientemente

---

<sup>524</sup> El TC para determinar que la diferenciación normativa esta justificada utiliza no sólo el juicio de razonabilidad sino también el de proporcionalidad conforme se desprende del tenor literal de los FJ 9, 10 y 12 de la STC 59/2008, de 14 de Mayo.

protegida en dicho contexto, y al entender intolerable la violencia ejercida por el varón para coartar a la mujer su autonomía y negar su dignidad como persona.

6) Existe un mayor desvalor y mayor gravedad de las agresiones realizadas sobre la mujer -al afectar en último término a su dignidad-<sup>525</sup> al responder a un tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, al suponer una mayor lesividad para la víctima “de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado” -FJ 9-.

En la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja “se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” -FJ 9-.

---

<sup>525</sup> Señala el TC que no es óbice a la justificación de esta diferencia de trato que tal desvalor no haya sido tenido en cuenta en otros delitos de más gravedad (ej. maltrato habitual, homicidio) que se trata de delitos de un significativo mayor desvalor castigados con mayor pena, y que en último término, supondrá un déficit de protección en estos últimos delitos que no afectaría al citado principio de igualdad. E igual ocurre con la objeción de que la agravación sólo se prevea para las relaciones conyugales o análogas sin inclusión de otros contextos como las relaciones paternofiliales, al tener aquellas relaciones peculiaridades afectivas, culturales y vitales susceptibles de tratamiento diferenciado, y ello sin olvidar que otro tipo de relaciones pudieran tener cabida a través de la expresión “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

*Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

7) No se trata de una discriminación por razón de sexo dado que no es el sexo de los sujetos activos/pasivos del delito lo relevante con efectos agravatorios sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos al producirse en el ámbito relacional que recoge el tipo por el significado objetivo que adquieren, al ser manifestación de una situación de desigualdad y al ser necesario sancionar más gravemente hechos más graves.

8) El art. 153.1 CP equipara a las agresiones del hombre sobre la mujer, las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, por lo que pueden entenderse reducidos los supuestos de diferenciación si se considera que en estos últimos casos, el sujeto activo y pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer y la diferencia punitiva entre los art. 153.1 y 153.2 CP se circunscribe al límite mínimo de la pena de prisión, pena privativa de libertad que es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad de idéntica duración en ambos preceptos, sin perjuicio de la posibilidad de adaptación de la pena a las circunstancias del autor y del hecho conforme al art. 153.4 CP prevista para ambos supuestos.

9) Se rechaza la vulneración del principio de culpabilidad al no existir una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre sobre su pareja o ex pareja femenina concorra una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima, y al no atribuirse al varón una responsabilidad colectiva como representante o heredero del grupo opresor de la mujer. Y ello por cuanto no se presume un mayor desvalor en la conducta de los varones a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de su conducta o la culpabilidad del autor sino que se aprecia el efectivo mayor desvalor y gravedad de las conductas descritas en el tipo en relación a las previstas en el art. 153.2 CP.

No se trata, por tanto, de una presunción normativa de lesividad sino de la constatación de tal lesividad partiendo de la conducta descrita en el tipo y de su significado objetivo representativo de un arraigado modelo agresivo de conducta del varón sobre su pareja o ex pareja femenina, limitándose el legislador a apreciar una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones cometidas en el seno de la pareja



o ex pareja al insertarse en parámetros de desigualdad arraigados y generadores de graves consecuencias en las víctimas.

El art. 153.1 CP justifica su existencia ante la presencia de un desvalor añadido dado que el autor inserta su concreta conducta en una pauta cultural generadora de graves daños a la víctima, dotando a su acción de una violencia mayor que la que el acto que realiza objetivamente expresa, que permite incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja en el que no están suficientemente protegidas, consiguiendo esta legítima finalidad de forma adecuada al constatarse una mayor gravedad de la acción realizada<sup>526</sup>.

### **D.3. Votos particulares.**

Sin perjuicio de lo expuesto que es el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional, se formularon cuatro votos particulares a la Sentencia relatada.

---

<sup>526</sup> La doctrina sentada por la STC 59/2008, de 14 de Mayo, fue reiterada en posteriores resoluciones como en la STC 76/2008, de 3 de Julio, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad nº 6618-2005 suscitada respecto del art. 153.1 CP por el Auto del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid de 15-9-2005 y otras veintenas cuestiones formuladas por dicho órgano judicial que se acumularon, sin perjuicio de la existencia de tres votos particulares, cuyos autores también se remitieron a los mismos argumentos que realizaron en la STC 59/2008.

La misma línea argumental siguieron en relación con el art. 153.1 CP, las SSTC 80/2008, 81/2008, 82/2008 y 83/2008, todas de 17 de Julio, las SSTC 95/2008, 96/2008, 97/2008, 98/2008, 99/2008 y 100/2008, todas de 24 de Julio, las SSTC 164/2009 y 167/2009, de 2 de Julio, la STC 178/2009, de 21 de Julio, las SSTC 201/2009, 202/2009 y 203/2009, todas de 27 de Octubre, la STC 213/2009, de 26 de Noviembre, la STC 45/2010, de 28 de Julio, y la STC 80/2010, de 26 de Octubre.

Se sigue argumentando, por tanto, que la diferenciación normativa no se sustenta en el sexo de los sujetos del delito sino en la voluntad de sancionar más gravemente unas agresiones que se considera que son más graves y más reprochables socialmente atendido el contexto relacional en el que se producen y que son reflejo de la desigualdad existente en las relaciones de pareja, por lo que no se presume una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino que se atiende a la especial gravedad de ciertos hechos a la vista del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad.

*Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

1) El voto particular formulado por CONDE MARTÍN DE HIJAS mostró su adhesión a los razonamientos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, afirmando que la única explicación que se propone en esta Sentencia es que la conducta del art. 153.1 CP es el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de graves consecuencias para quién ostenta una posición subordinada, sin que se pueda dar por sentado que en el ámbito de tales relaciones exista necesariamente una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, suponiendo tal planteamiento el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones si la conducta no se valora en su propia individualidad en el plano de la culpa.

Tampoco considera justificada la diferencia de trato varón-mujer ya que el tipo se establece en atención a la condición sexual del autor y sostiene que la Sentencia introduce un elemento en el tipo -a lomos de la idea del mayor desvalor- que no consta ni implícita ni explícitamente en aquél y que es contrario al principio de legalidad, al entender que las razones que llevaron al legislador a endurecer la represión penal quedan fuera del tipo si no se introducen explícitamente en el mismo y por consiguiente, afirma que no pueden ser elemento de consideración para enjuiciar la constitucionalidad del precepto.

2) El voto particular formulado por DELGADO BARRIO va referido fundamentalmente al fallo de la Sentencia al entender que el art. 153.1 CP en su literalidad es inconstitucional, calificación que se salva por la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente pero que la Sentencia añade a la descripción legal, al considerar que no basta que la conducta se ajuste a la descripción del tipo sino que es preciso además que constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

Argumenta que la Sentencia efectúa una interpretación finalista del artículo atendiendo su contexto en el que encuentra su finalidad (art. 1 LO 1/2004), por lo que la ratio de constitucionalidad del precepto se basa en el mayor desvalor de las agresiones del varón sobre la mujer que es o fue su pareja afectiva y en que tiene una mayor

*Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

gravedad que otras conductas producidas en el mismo ámbito al corresponder a un tipo de violencia que es manifestación de la citada discriminación, desigualdad y relación de poder, lo que justifica la imposición de una pena más grave, por lo que entiende que cuando no concurra ese mayor desvalor -derivado de esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder- el precepto carecerá de justificación constitucional y resultará inaplicable, razones por las que la citada situación se integra en el tipo como elemento constitutivo del mismo. Planteamiento que entiende conforme con la exigencia de predeterminación normativa propia del ámbito sancionador (art. 25 CE) al amparo de la interpretación finalista y sistemática relatada.

Considera, por tanto, que se trata de una Sentencia interpretativa -estableciendo una interpretación constitucionalmente aceptable- y que tal interpretación debiera haberse llevado al fallo, afirmando que en el fondo late una concepción superada de la mujer como sexo débil, que el valor que se protege con el tipo es la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima y que en relación a esos valores resulta discutible establecer diferencias por razón de sexo del autor y de la víctima del delito conforme al principio de igualdad, ya que el apartado 1º y el apartado 2º del art. 153 CP no contienen la tipificación de dos conductas distintas, una más grave (apartado 1º) que la otra, al no existir una diferencia de delitos ni de conductas, sino de víctimas como se desprende del tenor literal del apartado 2º -que establece “si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera...”-, por lo que se trataría de un mismo delito y de igual desvalor, siendo la diferenciación de víctimas es el único motivo del distinto trato penológico.

3) El voto particular formulado por RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ sostiene que el elemento finalista que se puede desprender del art. 1.1 LO 1/2004, de 28 de Diciembre, no se ha incorporado al texto del art. 153.1 CP de forma deliberada dado que el precepto sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión leve o se golpee o maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción, por lo que la falta de identidad entre la redacción del artículo y el propósito de la ley que lo introduce genera la duda de cual es la conducta tipificada, que resulta contraria al principio de legalidad.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Considera que se trata de una Sentencia interpretativa de rechazo que implica una declaración de inconstitucional parcial del tipo estudiado<sup>527</sup>, y que enjuicia el precepto casi exclusivamente desde la perspectiva del principio de igualdad, cuando lo verdaderamente importante es el comportamiento social identificado como machismo que se manifiesta a través del maltrato ocasional, por lo que lo sancionado es el sexismo machista.

Tras entender ajustado al principio de igualdad que el legislador establezca medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género, en atención a la diferente entidad de los efectos de la acción punible, realiza diversas críticas al tenor de la Sentencia con el siguiente contenido:

a) Critica la presunción de que todo maltrato ocasional cometido por un varón sobre su pareja o ex pareja sea siempre y en todo caso, una manifestación de sexismo que implique la aplicación del art. 153.1 CP como tutela penal agravada al ser incompatible con la presunción de inocencia.

b) Critica que la Sentencia afirme que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta de los varones, cuando según la misma no es el Juez quién en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quién lo ha hecho ya, por lo que los actos de violencia cometidos por el hombre sobre la mujer en el ámbito de una relación de pareja constituirían siempre, según este planteamiento, actos de poder y superioridad sobre la mujer, con independencia de la motivación o intencionalidad del agresor, lo que resulta incompatible con el principio de culpabilidad.

c) Critica que dada la redacción de la Sentencia se podría entender que la aplicación del primer inciso del art. 153.1 CP exige la concurrencia de un dolo que abarque la acción material del maltrato y también su significado discriminatorio,

---

<sup>527</sup> Las Sentencias constitucionales interpretativas declaran la constitucionalidad de una disposición en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal entienda adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido/s que considere inadecuados (STC 5/1981, de 13 de Febrero).

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

llegando a afirmar, que debe rechazarse esa opción pues, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género, ya que, entonces y en tal caso, la violencia leve no habitual de los varones hacia sus parejas o ex parejas carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada como falta puesto que sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.2 CP no pueden serlo las personas contempladas en el apartado primero y la acción castigada en este apartado segundo es el delito previsto en el apartado anterior, lo que implicaría un retroceso en la protección penal que dispensaba la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre<sup>528</sup>.

Y d) critica que la Sentencia se suma a un superado Derecho penal paternalista al considerar a la mujer sujeto vulnerable por el mero hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, que la posiciona en una situación subordinada respecto del varón necesitada de especial protección, presumiéndose una posición de debilidad sin prueba en contrario que vulneraría la dignidad de la persona<sup>529</sup> y que la propia redacción literal del tipo se desprende que sujeto activo sólo puede ser varón y sujeto pasivo mujer, lo que está corroborado por la propia denominación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, la práctica judicial y la Circular del Fiscal General del Estado 4/2005, de 18-7.

4) El voto particular formulado por RODRÍGUEZ ARRIBAS discrepa también fundamentalmente respecto del fallo de la Sentencia, al entender que debió contener la interpretación conforme a la Constitución que realiza en sus fundamentos de derecho, y

---

<sup>528</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ añade incluso que si esa misma conducta (violencia leve no habitual) es realizada por la mujer contra su pareja masculina sí se le podría imponer la pena prevista en el art. 153.2 CP, al no exigir su aplicación -según la Sentencia constitucional- que la violencia ejercida obedezca a la misma modalidad sexista que la del apartado primero, y que sólo una interpretación finalista, pero que forzara los términos del art. 153.2 CP, probablemente ad malam partem, lograría impedir tan absurdo resultado.

<sup>529</sup> Es objeto de crítica la afirmación de que el reconocimiento de la mayor vulnerabilidad de la mujer sea contraria a su dignidad al confundir la reivindicación (de la igualdad) con la realidad (de la vulnerabilidad) y al extraer de la desigualdad física consecuencias morales, confundiendo desigualdad física y moral (LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., pp. 11-12 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 44).

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

afirma que el hecho de que la víctima deba ser necesariamente una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor plantea dudas de vulneración del principio de igualdad por contener una discriminación por razón de sexo del hombre, que resulta palmaria en el caso de las agresiones recíprocas, donde los mismos hechos cometidos simultáneamente pueden ser objeto de sanciones distintas<sup>530</sup>.

Comparte la interpretación finalista que realiza la Sentencia de entender que la agresión producida por el varón a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor por la peculiar situación de sometimiento de la mujer al varón en las relaciones de pareja que genera una mayor gravedad y reproche social, señalando que tal interpretación supone añadir algo al tipo que no estaba expresamente previsto en el mismo, aunque se considere que el mayor desvalor, gravedad y reproche social pueda encontrarse implícito o insito en el tipo por la actuación del varón sobre la mujer, por lo que debería haber tenido su reflejo en el fallo de la Sentencia, ya que en último término, implica la introducción de un elemento del tipo que afecta al principio de legalidad o taxatividad penal.

En conclusión, los cuatro votos particulares parecen tener como denominador común que todos hubieran mostrado su conformidad si se hubiera dictado una Sentencia interpretativa que hubiera declarado la inconstitucionalidad del art. 153.1 CP salvo que este se interpretara en un determinado sentido, llegando a sostener los votos particulares de DELGADO BARRIO y RODRÍGUEZ ARRIBAS -quienes fundamentan su disconformidad con la STC 59/2008 alegando su carácter interpretativo- que la Sentencia añade al tipo una coletilla final que es la que convierte el precepto en constitucional, al justificar el mayor desvalor de la conducta del varón en la situación de desigualdad o relación de poder en la que ostenta la posición dominante, de forma que

---

<sup>530</sup> En contra se podría alegar que el art. 153.1 CP perseguiría un fin constitucionalmente legítimo -promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las mujeres sean reales-, y a tal fin utilizaría un criterio de discriminación prohibido -el sexo- para justamente beneficiar al colectivo tradicionalmente desfavorecido -las mujeres- ya que esta protección no se podría dispensar mediante una tutela penal sexualmente neutra (GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004...”, cit., p. 201).

cuando no concurra esta situación de desigualdad la imposición de una pena mayor sería inconstitucional<sup>531</sup>.

En este sentido, algunos de los votos particulares discrepan más que con la constitucionalidad de la norma con el alcance del fallo o con la técnica legislativa empleada<sup>532</sup> y los cuatro votos particulares aunque con esquemas diferentes coinciden sustancialmente en sus discrepancias<sup>533</sup>.

#### **D.4. Conclusiones.**

1) La STC 59/2008, de 14 de Mayo -que ha sido la primera en corroborar la constitucionalidad del art. 153.1 CP y a la que han seguido en cascada numerosas resoluciones del Alto Tribunal- no entra a analizar la posible vulneración de la dignidad personal (art. 10 CE) ni del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)<sup>534</sup> - como se pretendía en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad-, sino que ciñe fundamentalmente su análisis a la alegada vulneración de los principios de igualdad (de proporcionalidad) y de culpabilidad, llegando a la conclusión de la constitucionalidad del precepto conforme a la finalidad de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre (tendente a incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de la mujer víctima de violencia de género), a la vista del mayor desvalor de la conducta del varón en el ámbito relacional en el que se produce<sup>535</sup>.

---

<sup>531</sup> FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género...*, cit., p. 53.

Crítica este autor que la STC 59/2008, de 14 de Mayo, considere que en todas las agresiones del varón hacia la mujer en un contexto de relación de pareja confluya ese desvalor, por lo que se asume que este mayor desvalor va implícito a la agresión por cuestiones de género (FUENTES SORIANO, O.: Ob. cit.).

<sup>532</sup> SÁNCHEZ CONDE, M.A.: “Cuestión de inconstitucionalidad planteada...”, cit.

<sup>533</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La doctrina constitucional...”, cit., p. 11.

<sup>534</sup> Aunque si argumenta que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta del varón a través de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del autor.

<sup>535</sup> En esta línea vid., GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Unos breves comentarios a la STC de 14 de mayo de 2008 que declara la constitucionalidad del art. 153.1 CP”, Sepín, 2008.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Esta resolución incardina el análisis de estos tres principios dentro del examen del principio de igualdad, introduciendo la diferenciación por razón de género (como construcción socio-cultural) -y no el sexo (como condición biológica)- como fundamento del tratamiento normativo diferencial<sup>536</sup>.

2) El Tribunal Constitucional argumenta que no es el sexo el factor determinante del tratamiento diferenciado del art. 153.1 CP en un intento de eludir plantear la violencia contra la mujer como un problemático trato discriminatorio, relacionándolo con el principio de igualdad<sup>537</sup>.

La STC 59/2008, de 14 de Mayo, respecto de la pretendida vulneración del principio de igualdad argumenta que la diferenciación de trato (de pena) introducida por el art. 153.1 CP es adecuada a este principio al ser una diferenciación objetiva -FJ 8- y razonable -FJ 9- ya que la finalidad de la norma es legítima y la diferencia de trato de la misma no conduce a consecuencias desproporcionadas -FJ 10-.

A mi juicio, es la atención a los bienes jurídicos protegidos y a la especial gravedad de las conductas previstas en el art. 153.1 CP, por el contexto en el que se producen, lo que justifica la creación de un tipo autónomo y agravado para la erradicación de una forma específica de violencia (la violencia de género en el ámbito familiar), que presenta connotaciones peculiares derivadas de la posición de dominación del varón sobre la mujer, y, por tanto, entiendo correcto el tratamiento penológico diferenciado establecido por el precepto desde la perspectiva del principio de igualdad a la vista de la escasa diferencia punitiva con el art. 153.2 CP y de que este tipo de violencia sólo puede cometerla el varón sobre la mujer, por lo que la acción desarrollada

---

<sup>536</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal...”, cit., pp. 16-17 y 24.

En parecidos términos se pronuncia TORRES DÍAZ, M.C.: *Las otras. Género, sujetos...*, cit., pp. 201 y 202.

<sup>537</sup> MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre ley penal...”, cit., p. 11, nota 31.



### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

por el varón presenta unas notas peculiares que justifican esa diferencia de trato en relación a las mismas conductas llevadas a cabo por la mujer sobre el varón pero en un contexto totalmente diferente<sup>538</sup>.

3) La STC 59/2008, de 14 de Mayo, justifica también desde la perspectiva del principio de proporcionalidad que se hayan reformado las penas de los delitos menos graves y no de los más graves, al entender que estos últimos tienen asignada una pena mayor por lo que están suficientemente penados y que a lo sumo, existiría un déficit de protección por desproporción inversa que no tendría en principio relevancia constitucional<sup>539</sup>.

Las SSTC 81/2008 y 82/2008, de 17 de Julio y las SSTC 95/2008, 96/2008 y 99/2008, de 24 de Julio, vuelven a insistir en que a la vista de la poca entidad de la diferencia de pena entre el art. 153.1 y 153.2 CP no cabe apreciar que la misma entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad del artículo cuestionado por vulneración del principio de igualdad, máxime atendiendo que la pena de prisión -diferenciada en su límite mínimo- es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad -igual en ambos tipos- y que el art. 153.4 CP permite la adaptación judicial de la pena en ambos supuestos, aunque resulta sorprendente que siendo la pena mínima de prisión distinta en ambos preceptos tengan como alternativa idéntica pena de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que puede parecer que la regla de

---

<sup>538</sup> También consideran que el art. 153.1 CP es respetuoso con el principio de igualdad, entre otros, autores como FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género...*, cit., pp. 51-53 y “La constitucionalidad de la Ley Orgánica...”, cit., pp. 11 y ss., RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El encaje constitucional...”, cit., p. 96 y COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “La violencia doméstica y de género...”, cit., pp. 63 y ss.

En la misma línea, la STC 76/2008, de 3 de Julio, considera que la diferencia de trato producida por el art. 153.1 CP tiene una justificación objetiva y razonable para afrontar la violencia de género, atendido que la mayor parte de este tipo de violencia se produce en el ámbito de la pareja por parte del varón, al tratarse de una forma delictiva con autonomía propia.

<sup>539</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género...”, cit., p. 51.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

proporcionalidad no ha sido respetada debidamente. Pero en todo caso, considero que la concreta pena impuesta en el art. 153.1 CP a la vista del tipo de violencia que pretende erradicar es necesaria para proteger unos bienes jurídicos relevantes socialmente, es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección de la norma y es proporcional entre la entidad del delito y la entidad de la pena, al establecerse diversas penas alternativas al efecto con posibilidad de modulación judicial.

Por tanto, no comparto el criterio sostenido por algunos autores que consideran que esta regulación quebranta el principio de proporcionalidad al afirmar que el aumento del castigo no se corresponde con la entidad del injusto<sup>540</sup>, puesto que entiendo que en el art. 153.1 CP existe un mayor contenido de injusto en atención al bien jurídico plural de dicho precepto y a la existencia de la posición de dominación del varón sobre la mujer como fundamento material de aplicación del tipo, dado que precisamente es esa mayor entidad del injusto lo que justifica la existencia de la figura agravada del art. 153.1 CP y su adecuación constitucional, y por ello considero que si en el curso de una discusión en el seno de la pareja, por ej. ambos se empujaron levemente en una situación de igualdad, y por las circunstancias del caso concreto, el varón no tuviera intención de dominar a su pareja no procedería la aplicación de este precepto, al no existir esa mayor gravedad de la acción desarrollada que justifica su aplicación, y procedería en su caso, la aplicación del tipo básico de malos tratos de obra del art. 147.3 CP, precepto este último que conforme a la LO 1/2015, de 30 de Marzo, que le otorga su redacción actualmente vigente, precisa como condición objetiva de perseguibilidad, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 147.4 CP), denuncia que en cambio, no se exige para la aplicación del art. 153 CP.

4) Respecto de la posible vulneración del principio de culpabilidad, la STC 59/2008, de 14 de Mayo, entiende que el legislador no está presumiendo un mayor

---

<sup>540</sup> Posición sostenida, entre otros, por ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 304 y ss.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

desvalor en la conducta de varón<sup>541</sup> sino constatando la especial lesividad de esta conducta a partir de las características que reviste la agresión y de su significado objetivo (violencia de género) que refleja una violencia mayor de lo que el acto de violencia expresa -FJ 11-<sup>542</sup>.

En mi opinión, el principio de culpabilidad tampoco resulta lesionado dado que el mayor reproche penal del art. 153.1 CP obedece a que las conductas que castiga presentan una especial gravedad por el ámbito relacional en el que se producen y el significado objetivo que adquieren, que va más allá del leve acometimiento físico realizado, pero entiendo que, en consecuencia, es necesario para la aplicación del art. 153.1 CP que se atienda al caso concreto conforme al principio de responsabilidad por el hecho, exigiendo al respecto el ánimo de dominación o de discriminación del varón sobre la mujer, lo cual impide la aplicación automática del tipo y la existencia de ninguna presunción legal (tanto *iuris tantum* como *iuris et de iure*) de que en las agresiones del hombre hacia la mujer -que es o ha sido su pareja sentimental- concurra una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de especial vulnerabilidad de la víctima puesto que habrá que estar al caso concreto, en cuyo seno deberá comprobarse que concurren todos los elementos del tipo<sup>543</sup>.

5) El Tribunal Constitucional entiende que el art. 153.1 CP no vulnera la Constitución porque la agravación que contiene resulta razonable para incrementar la

---

<sup>541</sup> La STC 59/2008, de 14 de Mayo, entiende que el precepto cuestionado no presume un mayor desvalor en la conducta del varón -a través de la antijuridicidad de la misma o de la culpabilidad del sujeto- sino que constata la gravedad de la misma y su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por el varón en el ámbito de la pareja -FJ 11-.

<sup>542</sup> Idéntico argumento se utiliza en la STC 45/2009, de 19 de Febrero, para sostener la constitucionalidad del art. 171.4 CP.

En este sentido vid., FUENTES SORIANO, O.: Ob. cit.

<sup>543</sup> También consideran que el art. 153.1 CP no vulnera el principio de culpabilidad, entre otros, autores como SERRANO MASIP, M.: “Análisis del estatuto de la víctima...”, cit., p. 739 y FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género...”, cit., p. 90.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres (bien jurídico plural protegido por el precepto) en un ámbito en el que están insuficientemente protegidas, persiguiendo esta legítima finalidad de un modo adecuado, y al constatar el legislador la mayor gravedad de las agresiones de los hombres hacia las mujeres que son o han sido sus parejas<sup>544</sup>, justificando la diferenciación normativa en la voluntad del legislador de sancionar más unas agresiones que considera que son más graves y más reprochables socialmente en atención al contexto relacional en el que se producen porque corresponden a un arraigado tipo de violencia manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres<sup>545</sup>.

En esta línea se afirma que la STC 59/2008, de 14 de Mayo, ha determinado la constitucionalidad del art. 153.1 CP fundamentalmente en base a dos argumentos. Por un lado, en atención a las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y es causada por el varón que es o fue su pareja<sup>546</sup>, y, por otro lado, en la finalidad de prevenir las agresiones que en el ámbito de

---

<sup>544</sup> ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1...”, cit., p. 1.

En parecidos términos se pronuncia MUERZA ESPARZA, J.J.: “Tribunal Constitucional y violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 758, 2008; MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre ley penal...”, cit., p. 10.

<sup>545</sup> DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *La Ley*, nº 7327, 2010.

En esta línea se afirma que el trato diferencial del art. 153.1 CP viene dado por el mayor desvalor de la conducta que constituye expresión de la grave desigualdad de la violencia de género (BODELÓN GONZÁLEZ, E., BONET ESTEVA, M., GARRIDO JIMÉNEZ, L., HEIM, D. y IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008...”, cit., p. 255). En idéntico sentido, SALA SÁNCHEZ, P.: “La Constitucionalidad del delito de maltrato ocasional...”, cit., p. 1726.

<sup>546</sup> Es criticable utilizar este razonamiento para justificar una mayor pena al no atender a la propia lesividad del hecho singular realizado sino a la gravedad del conjunto de hechos de la misma naturaleza, de forma que razones de prevención general permitirían imponer penas por encima de la que correspondería a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor. En tal sentido vid., RUIZ MIGUEL, A.: “La ley contra la violencia de género...”, cit., p. 43, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Desigualdades

la pareja se producen como manifestación de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer para que su dignidad y libertad estén suficientemente amparados<sup>547</sup>.

6) Se ha cuestionado cual es la modalidad de la STC 59/2008, de 14 de Mayo (y de las que le han seguido), sosteniendo algunos autores que conforme al criterio empleado por DIAZ REVORIO se trataría de una Sentencia interpretativa de carácter estimatoria<sup>548</sup> al afirmar que si la única interpretación que cupiera hacer del art. 153.1 CP es la realizada en la cuestión de inconstitucionalidad podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE e implicar una vulneración del principio de culpabilidad, por lo que el TC relata que es posible reinterpretar el precepto desde una perspectiva distinta<sup>549</sup>. El problema no obstante se suscita en mi opinión al no incluirse expresamente en el fallo la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que se rechaza<sup>550</sup>.

---

penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009, p. 65, y el voto particular de Martín de Hijas.

<sup>547</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal Comentado*, 3ª Edición, Barcelona, 2010, p. 569.

<sup>548</sup> DIAZ REVORIO considera que una Sentencia es interpretativa estimatoria cuando declara que “el precepto impugnado es inconstitucional si se interpreta en un determinado sentido, o salvo que se interprete en un determinado sentido” (DIAZ REVORIO, F.J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 55).

<sup>549</sup> En cambio MENDOZA CALDERÓN considera que se trata de una Sentencia interpretativa de rechazo al implicar una declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto cuestionado (MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal...”, cit., p. 144).

<sup>550</sup> Algunos autores afirman que por esta razón algunos votos particulares sostienen con acierto que lo normal hubiera sido que la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación mantenida por la cuestión de inconstitucionalidad se hubiese llevado al fallo, sin perjuicio de dejar a salvo las otras interpretaciones que la Sentencia declara posibles (ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género...”, cit., pp. 39-40).

Otros autores sostienen que es objeto de discusión si el TC debió o no haber dictado una Sentencia interpretativa, y que aunque no es expresamente interpretativa en la argumentación de fondo se

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

7) No obstante los diversos pronunciamientos del TC<sup>551</sup>, la polémica respecto de la adecuación constitucional del art. 153.1 CP lejos de haberse cerrado sigue abierta conforme se desprende de la existencia de distintos votos particulares dictados al efecto y de las reservas que suscita la STC 59/2008, de 14 de Mayo, por parte de la doctrina<sup>552</sup>.

Así algunos autores reconocen abiertamente que tienen importantes reservas tanto acerca de la constitucionalidad de la regulación del art. 153.1 CP como de las últimas resoluciones del TC, concretamente de la STC 59/2008, de 14 de Mayo<sup>553</sup>. Otros afirman que esta última resolución sólo convence a los ya de antemano convencidos<sup>554</sup>. Otros sostienen que las sospechas de violación del principio de culpabilidad siguen en el aire, a pesar de la citada Sentencia y que las dudas en torno a dicho precepto siguen abiertas<sup>555</sup>. Otros hacen referencia a las diferentes lecturas del art.

---

establecen las razones que justifican la norma (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Desigualdades penales y violencia...”, cit., pp. 84-85 y nota 11).

<sup>551</sup> Sobre la importancia de las resoluciones del TC vid., ACALE SÁNCHEZ, M.: “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Dir. PUENTE ALBA, Coords. RAMÓS VÁZQUEZ/SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010, pp. 61 y ss.

<sup>552</sup> Se ha publicado que “la sentencia comentada nace ya débil, carente del plus de legitimación que otorga el consenso, ya que expresa la voluntad aritmética de la mayoría del tribunal, pero no ha concitado el respaldo interno deseable en el seno del mismo. Exhibe (...) una manifiesta carga ideológica en su fundamentación (...) Su discurso es dogmático e incluso apodíctico y circular. Pero como sentencia interpretativa, se queda a medio camino por su ambigüedad e indefinición, frustrando las exigencias de la seguridad jurídica. (...) el TC debía haber proclamado de forma explícita la inconstitucionalidad de las mismas” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Sobre la denominada violencia de género”, ABC, 28 de Mayo de 2008, p. 12).

<sup>553</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española...”, cit., p. 102, nota 8.

<sup>554</sup> PULIDO QUECEDO, M.: “Sobre la violencia doméstica...”, cit.

<sup>555</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género...”, cit., pp. 69 y 70.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

153.1 CP y a las diferentes lecturas de esta Sentencia<sup>556</sup>. E incluso algunos mantienen que esta Sentencia abre más incertidumbres de las que existían jurídicamente<sup>557</sup>.

Se ha argumentado que en este tema el TC ha sido ambiguo en sus resoluciones, dejando en pie la polémica, que en ninguna de dichas resoluciones alude al carácter discriminatorio de la conducta recogida en el tipo, y que es precisamente por tal vaguedad por lo que se puede considerar que el TC omite el perfil machista como requisito imprescindible en la acción individual<sup>558</sup>.

En cambio, otros autores sostienen, en mi opinión con mayor acierto, que el art. 153.1 CP en atención a su bien jurídico protegido pretende combatir no tanto el menoscabo físico o psíquico causado sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo y que pudiera llegar a entenderse que la Sentencia propiciaría que la aplicación del primer inciso del art. 153.1 CP requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del maltrato sino también su significado discriminatorio, con lo que la violencia leve no habitual carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada por el tipo básico del art. 147.2 y 3 CP<sup>559</sup>.

De igual forma se señala que aún subsisten las dudas de si el tipo exige un elemento subjetivo del injusto -consistente en la voluntad de ejercer dominio sobre la víctima- ya que una parte de la doctrina ya había reclamado esta interpretación para salvar la constitucionalidad del precepto<sup>560</sup> y los propios votos particulares a la STC

---

<sup>556</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La doctrina constitucional...”, cit., p. 12.

<sup>557</sup> POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis...”, cit., p. 34.

<sup>558</sup> ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., pp. 248, 297-298 y 309 y ss.

<sup>559</sup> MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal...”, cit., pp. 144 y 145.

<sup>560</sup> Al efecto vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales...”, cit., pp. 29 y ss.; FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley

59/2008, de 14 de Mayo, de Conde Martín de Hijas y de Rodríguez Zapata Pérez critican que dicha Sentencia no se haya formulado como una Sentencia interpretativa que exija ese elemento subjetivo<sup>561</sup>.

Por tanto, se mantiene en la doctrina la discrepancia de si el especial desvalor que justifica la agravación (el fundamento material de esta agravación) está presente siempre en toda agresión del varón a su mujer pareja<sup>562</sup> o si por el contrario, conforme al criterio que mantengo, debe probarse en el caso concreto porque caben agresiones sin dicho componente<sup>563</sup>.

8) Por último, señalar que se ha criticado que la ausencia de una declaración interpretativa expresa por parte del TC pudiera tener dos explicaciones. Bien dar por cierto que el elemento material que subyace a la violencia de género está presente siempre que un varón agrede a una mujer -lo cual sería contrario al principio de culpabilidad-. O bien que el TC ha actuado de esta forma simplemente para no arrojar ninguna duda sobre la Ley Integral -lo que genera inseguridad jurídica-<sup>564</sup>, y que al introducirse el móvil de género en el art. 153.1 CP y hacerse referencia sólo a los sujetos y a su relación se ha producido una falta de identidad entre la redacción del

---

Orgánica...”, cit., p. 17; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género...”, cit., p. 24.

<sup>561</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal...”, cit., pp. 21 y 22.

<sup>562</sup> En este sentido vid., LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., pp. 18 y ss. y MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 179.

<sup>563</sup> En esta línea vid., LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., p. 14 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 47.

<sup>564</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Ob. cit.



precepto y el propósito de la Ley Integral que genera una duda razonable de cual sea la conducta tipificada<sup>565</sup>.

### **E) Toma de postura.**

Si la norma penal tutela en mayor medida a unas personas que a otras, en el caso del art. 153.1 CP a la mujer sobre el varón, debe ser porque la conducta realizada por el sujeto activo varón es de mayor gravedad que la realizada en casos idénticos por la mujer<sup>566</sup>. Atendiendo al hecho delictivo, con independencia del sexo del autor/víctima, debe exigirse que concurra la relación de dominación del hombre sobre la mujer como fundamento material del injusto<sup>567</sup>, relación de dominación que también podría darse en el caso concreto por parte de una mujer sobre su pareja masculina<sup>568</sup>, siendo en tal caso el desvalor de la conducta idéntico y debiendo otorgarse la misma protección penal que al contrario, cuando el sujeto pasivo es la mujer.

Frente a tales argumentos conviene poner de relieve que estas últimas sufren los efectos de esta manifestación de violencia en consideración a su sexo y como

---

<sup>565</sup> MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTÍNEZ, G.: “La violencia de género y el principio de igualdad...”, cit., p. 99, nota 29.

<sup>566</sup> El TC justifica la diferente penalidad y la imposición de una mayor pena a los hombres por consideraciones preventivas y por razones basadas en el merecimiento de la pena (LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., p. 9 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 42).

<sup>567</sup> Sobre esta materia vid., ALÁEZ CORRAL, B.: “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal...”, cit., pp. 13 y ss.

Otros autores sostienen que el fundamento material residiría en un peligro implícito derivado de la propia relación autor-víctima y de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, por lo que la mujer se encontraría particularmente expuesta a sufrir ataques violentos por parte de su pareja masculina (MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal...”, cit., p. 123).

<sup>568</sup> En este sentido se pronuncian LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., p. 6 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 39; OSBORNE VERDUGO, R.: “De la “violencia” (de género) a las “cifras de violencia”: una cuestión política”, *Empiria*, nº 15, 2008, p. 116.

manifestación de una intención de dominación del hombre a su pareja o ex pareja femenina -lo que no ocurre en modo alguno en el caso contrario-<sup>569</sup>, por lo que cabe entender no vulnerado el principio de igualdad en los términos expuestos, ni ningún otro principio, al entenderse justificado el trato diferente al tratarse de supuestos distintos<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> Se ha afirmado que la pareja representa un ámbito de riesgo relevante no sólo por la complejidad de la relación afectiva, por su intensidad y por su privacidad sino porque constituye un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género ancestrales que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación respecto del hombre (MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., pp. 176 y ss.), y que el motivo exclusivo de la diferenciación no es el sexo sino el ámbito relacional en el que se producen las agresiones (LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia de género...”, cit., p. 8).

Sobre la vulnerabilidad de la mujer vid., MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Desigualdades penales y violencia...”, cit., pp. 67-71.

Otros autores sostienen que el fundamento de las medidas penales protectoras de la mujer respecto del varón (como el artículo 153.1 CP) debe hallarse en criterios de merecimiento de pena. Al efecto vid., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 12:13.

<sup>570</sup> La STC 59/2008, de 14 de Mayo, que declara la constitucionalidad del art. 153.1 CP, parece también sostener que no se trata de un diferente trato punitivo de la misma conducta, sino de dos conductas distintas con tratamientos punitivos diferenciados, al afirmar que “la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quién de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” -FJ 7-, y que “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (...). Se trata de la sanción mayor de hechos más graves (...) por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad” -FJ 9-.

En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE considera, en mi opinión con acierto, que “la violencia de género constituye un fenómeno suficientemente caracterizado, que tiene una serie de elementos que la distinguen de cualquier otro tipo de violencia -incluso de la que tiene lugar en el ámbito familiar-, y que puede hacerse merecedora de una reacción penal más intensa que otras manifestaciones del comportamiento violento (...) debe verse en un incremento del merecimiento de la pena basado en el mayor desvalor de la acción y de resultado (...) tanto porque se exija, desde el punto de vista subjetivo,

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

En este sentido, se entiende que algunos autores incidieran en la necesidad de hallar un fundamento material para justificar la mayor penalidad a los hombres, llegando a señalar un doble fundamento material: de un lado que el hombre ejerza su posición dominante sobre la mujer con el consiguiente incremento del injusto y, de otro, que se base en una actitud discriminatoria hacia la mujer por razón de su sexo, con el consiguiente incremento de la culpabilidad<sup>571</sup>.

Considero que existe un mayor contenido de injusto en el art. 153.1 CP, y que ese mayor injusto (por el plus de su bien jurídico protegido<sup>572</sup>, cifrado en la dignidad, además de la integridad física) es el que va a justificar la mayor pena del precepto, ya que si sólo se protegiera la integridad física de la mujer no tendría sentido esta agravación. La conducta del agresor exige un plus consistente en la existencia de una posición de dominación del varón sobre la mujer y en el propósito de atentar no sólo a la integridad física sino también a la dignidad personal de su pareja o ex pareja femenina (integridad moral), al ser un delito con un bien jurídico pluriofensivo<sup>573</sup>.

---

que el autor cometa el delito con la finalidad de dominar, de subyugar o de aleccionar a la mujer como porque, desde un punto de vista objetivo se requiera la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad. Con dicha exigencia se rechazan tanto aquellas posturas que sitúan el fundamento de las agravaciones en razones de discriminación positiva inconstitucional a favor de la mujer como aquellas otras que pretenden ver (..) un mayor requerimiento de tutela en razón de una debilidad no intrínseca, sino estructural por parte de las mujeres” (VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 12:17).

<sup>571</sup> En este sentido vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer...”, cit., pp. 1577 y ss. y “Consideraciones político-criminales...”, cit., pp. 29 y ss.

En términos similares se pronuncia MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto...”, cit., pp. 149 y ss.

<sup>572</sup> En este sentido se afirma que lo que justifica el distinto trato es el bien jurídico protegido en el contexto social de la violencia que sufren las mujeres en las relaciones de pareja (ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género...”, cit., p. 70).

<sup>573</sup> La propia cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia de 29-7-2005 respecto del art. 153.1 CP -que fue desestimada por la STC 59/2008, de 14 de

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Por consiguiente, entiendo que esa elevación de la pena<sup>574</sup> que contiene el precepto es coherente con los principios de igualdad, proporcionalidad, culpabilidad y demás principios penales, precisamente en atención a la existencia de esa posición de dominación del varón sobre la mujer y a la configuración del art. 153.1 CP como un delito pluriofensivo, que justifica un mayor merecimiento de pena por la peculiar conducta que se pretende castigar en atención al animus que guía a su autor, propia de la violencia de género, violencia contra la que se pretende luchar con este precepto como se desprende de la propia ley que le da su redacción actualmente vigente (la LO 1/2004, de 28-12) y que justifica la creación de un tipo agravado al respecto.

---

Mayo- señalaba que este precepto tiene como bien jurídico adicional a la integridad física y psíquica de las personas, la proscripción de conductas discriminatorias expresadas de forma violenta en el ámbito de las relaciones de pareja hombre-mujer.

En la misma línea, la STC 76/2008, de 3 de Julio, considera que las conductas del art. 153.1 CP encierran un desvalor añadido, un plus de antijuridicidad -al ser expresivas de relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer-, y que la agravación punitiva no sólo se produce en el ámbito específico de la violencia doméstica, sino que se extiende a cualesquiera relaciones familiares cuando concurra en la víctima circunstancias objetivas de desprotección, por lo que el legislador habría tomado en consideración dentro de los delitos que afectan a la pacífica convivencia en el ámbito doméstico, el tipo de relación familiar y el sexo de los intervinientes cuando dichos extremos tienen incidencia criminógena al ser reflejo de un fenómeno delincencial que constituye una auténtica lacra social en el que además de verse afectados una pluralidad de bienes jurídicos aparece afectado el derecho a la igualdad de las víctimas.

<sup>574</sup> Otros autores mantienen que al hombre se le conmina con una mayor pena no sólo porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque en general el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el mayor temor que la agresión de un hombre ocasiona y la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo (LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., p. 11 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 44).

Sobre la importancia del ánimo discriminatorio vid., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 57, 2004, pp. 143 y ss.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

Razones por las que el art. 153.1 CP castiga un comportamiento cualitativamente distinto<sup>575</sup>, motivado por determinadas pautas de comportamiento social, cuya diferenciación normativa no obedecería a consideraciones meramente estadísticas<sup>576</sup>, ya que no se trata de un supuesto de discriminación positiva o negativa por razón de sexo, sino de la tipificación de modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad de la conducta que sólo se presenta en la violencia del hombre sobre la mujer con ocasión de su relación de pareja, presente o pasada<sup>577</sup>.

El Tribunal Constitucional al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas con respecto al art. 153.1 CP debió haber dictado, para zanjar la controversia existente al respecto, una Sentencia interpretativa que eliminara las posibles interpretaciones inconstitucionales del precepto y debió afirmar expresamente que en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio que mantengo no procedería la elevación de pena<sup>578</sup>, puesto que la jurisprudencia que se estableció a partir de la STC

---

<sup>575</sup> También considera que no son comportamientos idénticos, LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y Violencia de género...*, cit.

En sentido contrario se posiciona GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la decimocuarta edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2008.

<sup>576</sup> En este sentido vid., GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004...”, cit., pp. 196 y 197.

<sup>577</sup> En este sentido vid., ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal...”, cit., pp. 733 y ss., quién afirma que en estas conductas existe un mayor desvalor de acción y de resultado, que el grado de injusto es mayor y también es mayor el grado de culpabilidad al ser más reprobable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

<sup>578</sup> En el mismo sentido vid., LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia...”, cit., p. 15 y “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas...”, cit., p. 47; PEÑARANDA RAMOS, E.: “¿Qué puede hacer el Derecho penal contra la violencia de género?”, *Debate, Revista de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 2, 2008.

### *Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

59/2008, de 14 de Mayo, y de las que la siguieron no cierra la discusión de cómo debe aplicarse el artículo 153.1 CP<sup>579</sup>.

Es cierto que los problemas constitucionales suscitados en esta materia no están en la creación de figuras delictivas en las que se otorgue una protección especial a la mujer (Derecho penal de víctimas) sino más bien en la construcción de delitos especiales en los que el sujeto activo tiene que ser necesariamente un varón (Derecho penal de autor), por lo que en atención al bien jurídico protegido del art. 153.1 CP, la solución debe pasar, necesariamente, por efectuar una interpretación teleológica que aplique el precepto cuestionado únicamente cuando quede probado que concurren los elementos de discriminación, subordinación y dominación de la mujer previstos en el art. 1 LO 1/2004, de 28 de Diciembre<sup>580</sup>.

Entiendo que se ha perdido una oportunidad única para resolver definitivamente los problemas que plantea la aplicación del artículo 153.1 CP -que resultan inaceptables conforme al principio de seguridad jurídica- no obstante la constitucionalidad declarada

---

<sup>579</sup> En el mismo sentido vid., CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 360.

<sup>580</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004...”, cit., pp. 494 y ss. y “La doctrina constitucional...”, cit., p. 18; IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004...”, cit., pp. 24-25.

Sobre la contraposición entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo, se ha sostenido que con este trato diferencial, el TC igual que el legislador es partidario de un Derecho penal del enemigo (POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis...”, cit., pp. 15-19 y *Derecho penal de enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, pp. 155 y ss.). Posición esta última que parece no tener en cuenta que el art. 153.1 CP establece una diferenciación de trato que estaría justificada en atención a las características especiales del particular tipo de violencia contra la que se pretende luchar.

Otros autores también incluyeron la violencia de género dentro del fenómeno del Derecho penal de enemigo como BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal...”, cit. En sentido contrario se han posicionado otros autores como COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género...”, cit., nota 58 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La última respuesta penal...”, cit., nota 21.

*Problemas constitucionales del art. 153.1 CP.*

del precepto mencionado, aunque de todas formas parece que al legislador ordinario tampoco le ha importado demasiado solventarlos a la vista de la última reforma del Código Penal producida por la LO 1/2005, de 30 de Marzo, que deja prácticamente igual la redacción del artículo 153.1 CP, tal vez porque al legislador parece que sólo le importe seguir en esta materia la línea de un Derecho penal simbólico, y por este motivo tras haber transcurrido más de diez años de la redacción actual del precepto -producida por la LO 1/2004, de 28 de Diciembre- subsisten las dudas interpretativas del mismo y las resoluciones judiciales dispares en un tema de tanta trascendencia jurídica.





## **CAPÍTULO VI.**

### **PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM: DELITO PÚBLICO VERSUS DELITO PRIVADO.**

El delito de violencia doméstica del artículo 153 CP está configurado como un delito público, perseguible de oficio, siendo el testimonio de la mujer-víctima de notable importancia para conseguir la condena del agresor dado que en muchas ocasiones será la única prueba o la más importante<sup>581</sup>, puesto que los actos violentos suelen producirse en la intimidad del hogar y sin la presencia de terceras personas<sup>582</sup>.

Señala el artículo 259 LECRIM que “el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”.

Obligación que según estipula el artículo 260 LECRIM “no comprende a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón”.

Y el artículo 264 LECRIM establece que el que por cualquier medio “tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela”, y que “el denunciador no contraerá en ningún caso otra

---

<sup>581</sup> Sobre las particularidades de la prueba en esta materia vid., ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba en el proceso de violencia de género”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011, pp. 355 y ss.

<sup>582</sup> En el Estudio elaborado por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la violencia de género y doméstica del CGPJ en Julio de 2008 sobre las Sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado en casos de asesinatos y homicidios en el ámbito de la pareja o expareja correspondiente al año 2006 ya se ponía de relieve que el 79% de los casos habían tenido lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o del agresor, porcentaje que se mantiene invariable desde el año 2001.

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión”<sup>583</sup>.

---

<sup>583</sup> La importancia de este testimonio para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado ha sido puesto de relieve en numerosas resoluciones judiciales (SSTS 27 de Mayo de 1988, 4 de Mayo de 1990, 16 de Enero de 1991, 26 de Mayo de 1992 y 5 de Junio de 1992, y SSTC 5 de Mayo de 1985, 30 de Noviembre de 1989 y 22 de Julio de 1987).

Señala expresamente el TS que para que el mismo constituya prueba de cargo debe valorarse:

1) La ausencia de incredibilidad subjetiva de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de su eficacia probatoria.

2) La verosimilitud de la declaración, debiendo estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

Y 3) persistencia en la incriminación de forma que sea prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones (SSTS 28 de Septiembre de 1988, 26 de Marzo de 1992, 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 11 de Octubre de 1995, 13 de Abril de 1996, 15 de Abril de 2004, 4 de Octubre y 31 de Octubre de 2011, y 15 de Marzo de 2012).

En todo caso debe tenerse presente que como señala la STS de 13 de Diciembre de 2006 la Jurisprudencia del TS “no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demuestra su concurrencia haya de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaban, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos” -FJ 3-.

En parecidos términos se pronuncia la STS de 23 de Septiembre de 2008 que afirma que se trata de “criterios de valoración”, los cuales “ni tienen carácter exhaustivo, ni son reglas de valoración, sino razonamientos que pueden ser útiles en la expresión de una valoración”.

Siendo doctrina jurisprudencial consolidada que la declaración de un solo testigo, aún cuando sea la propia víctima o aún cuando fuere menor de edad constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del “imputado” (SSTS 24 de Febrero de 1994, 11 de Octubre de 1995, 25 de Abril de 1997, 7 de Octubre de 1998, 23 de Diciembre de 2011, y STC 28 de Febrero de 1994).

En este sentido la STS de 30 de Enero de 1999 señala que las declaraciones de la víctima tienen valor de prueba testifical y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos, bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige una cuidada y

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

El procedimiento judicial se suele iniciar por denuncia<sup>584</sup> presentada por las propias víctimas en sede policial o judicial, siendo frecuente que posteriormente ellas mismas retiren la denuncia<sup>585</sup> (dado que pudieron en su día no denunciar los hechos conforme al artículo 261 LECRIM<sup>586</sup>), o que no declaren contra su agresor acogiéndose

---

prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa.

Sobre esta materia, vid., MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra...*, cit., pp. 203 y ss.; CABRERA MERCADO, R.: “El derecho a no denunciar y a no declarar por razón de parentesco. Problemas de interpretación y aplicación en casos de violencia de género”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011, pp. 57 y ss.; CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género...*, cit., pp. 332 y ss.; FÁBREGA RUIZ, C.F.: “Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales”, *La Ley*, nº 6289, 2005; BERNAL VALLS, J.: “Deber de Declarar y Derecho al Silencio en la Prueba Testifical del Proceso Penal”, CGPJ, *Revista del Poder Judicial*, nº 5, 1987.

<sup>584</sup> Sobre la importancia de la denuncia para iniciar el proceso penal vid., CATALINA BENAVENTE, M.A.: “La denuncia en los casos de violencia de género”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011, pp. 305 y ss.

En contra del excesivo papel del Derecho penal vid., FERNÁNDEZ PÉREZ, P.: “Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011, pp. 127 y ss.

<sup>585</sup> Según se refleja en las conclusiones del libro Respuesta penal a la violencia familiar realizado por la Asociación de Mujeres Themis para el Consejo de la Mujer de Madrid en el año 1999, p. 90, el 56% de la víctimas de malos tratos no acuden al Juicio, retiran la denuncia o perdonan al agresor.

Otro estudio de esta Asociación realizado en el 2000 señala que un 21% de las víctimas de violencia de género perdonan al agresor, un 15% no asisten a Juicio y sólo un 58% se ratifican en sus manifestaciones inculpativas iniciales. Y la Fiscalía General de Estado en su Memoria del año 2008 hace constar que el 44% de las retiradas de la acusación se deben a que la víctima de la violencia de género se acogió en el Plenario a la dispensa legal de no declarar.

<sup>586</sup> El artículo 261 LECRIM establece:

“Tampoco estarán obligados a denunciar:

1.º El cónyuge del delincuente.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

a su derecho constitucional a no declarar (artículo 24 CE<sup>587</sup>), bien en la fase de instrucción al amparo del artículo 416 LECRIM<sup>588</sup> o bien en la fase de Juicio Oral al

---

2.º Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

3.º Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos”.

También debe entenderse exenta de la obligación de denunciar la persona que esta unida al delincuente por análoga relación de afectividad a la matrimonial (que inexplicablemente no se recogió expresamente como si ocurrió en el art. 416 LECRIM) junto al cónyuge, ascendientes y descendientes por consanguinidad y afinidad (suegros, yernos y nueras), los hermanos y cuñados.

Ni estos parientes por afinidad ni la madre o el padre de la mujer maltratada se recogen en los artículos 416 y 707 LECRIM de lo que se desprende que el ámbito parental exento de denunciar es más amplio que el que puede acogerse al derecho a no declarar.

<sup>587</sup> El artículo 24 CE señala que “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>588</sup> El artículo 416 LECRIM establece:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.

La redacción original de este precepto no contemplaba a las parejas de hecho pero la doctrina y jurisprudencia mayoritaria (STS de 22 de Febrero de 2007, ATC nº 187/2006 y 9/2006) entendieron que también debía extenderse la aplicación del mismo a estos supuestos en atención a la ratio justificativa de este privilegio.

Dicha referencia expresa se produjo por modificación efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

amparo del artículo 707 LECRIM<sup>589</sup>, con las indeseables consecuencias y problemas que se analizaran posteriormente.

En el segundo trimestre del año 2014, conforme se recoge en los datos publicados por el CGPJ<sup>590</sup> obtenidos de los 106 Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer y de los 355 Juzgados con competencias compartidas, si se analiza la procedencia de las denuncias formuladas en España se observa que la mayoría de las mismas fueron presentadas por las propias víctimas (alrededor del 70%)<sup>591</sup>, en el

---

<sup>589</sup> El artículo 707 LECRIM señala:

“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

El artículo 417 LECRIM afirma:

“No podrán ser obligados a declarar como testigos:

1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

3.º Los incapacitados física o moralmente”.

El artículo 418 LECRIM establece:

“Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”.

<sup>590</sup> Datos publicados el día 17 de Octubre de 2014 en la edición digital del periódico el País.

<sup>591</sup> En los años 2000-2002 las denuncias personales de las víctimas representaron también alrededor del 75%, lo que refleja que más de diez años después la mayoría de los procedimientos penales en esta materia se siguen iniciando a instancias de la propia víctima.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Juzgado (7,09%) o en la Policía (63,43%), frente al 1,61% de familiares y amigos que lo hicieron por ella. Un 14,2% se incoaron por intervención policial directa (al ser los agentes los que denunciaron), 11,84% procedían de partes de lesiones, y un escaso 1,78% de denuncias interpuestas por servicios asistenciales o por terceras personas.

En concreto, 31.699 mujeres denunciaron la violencia de género pero 4.188 retiraron la denuncia, lo que implica que el 13,2% de dichas mujeres renunciaron a continuar con el proceso, lo que supone la cifra más alta desde que en el año 2007 comenzó a recogerse esta variable en las estadísticas oficiales<sup>592</sup>.

El 69% de las mujeres que denunciaron eran españolas y el 31% extranjeras, y en las renunciadas, el 62% eran nacionales y el 38% foráneas.

El volumen de denuncias en el primer semestre del 2014 se ha incrementado un 1,8% más que el mismo periodo del año anterior<sup>593</sup>.

La problemática derivada de los artículos 261 y 416 LECRIM es doble, por un lado introducen excepciones a la genérica obligación de todos los ciudadanos de denunciar la comisión de hechos constitutivos de delito, y por otro, excluyen la obligación de declarar ante el Juez que les ha citado para testificar sobre lo que conozca en relación con el hecho investigado<sup>594</sup>.

---

Según la página 92 del Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer del año 2010 (CGPJ) entre el 1 de Enero de 2007 y el 31 de Diciembre de 2009, el 74,4% de las denuncias fueron presentadas por la víctima en los Juzgados o en la policía.

<sup>592</sup> Desde el 2007 hasta el segundo semestre del 2010 el porcentaje de renunciadas alcanzó el 12,4% según datos publicados por el CGPJ.

<sup>593</sup> Se estima que las mujeres tardan una media de diez años en denunciar los hechos y que sólo se denuncian entre un 10 y un 30% de los casos (CATALINA BENAVENTE, M.A.: “La denuncia...”, cit., p. 330).

Según los Informes sobre víctimas mortales por violencia doméstica y de género del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ de los años 2007, 2008, 2009, y 2010, en el año 2007 en un 70,9% de estos casos no existió denuncia previa, en el año 2008 en un 80%, en el año 2009 en un 69%, y el año 2010 en un 70%.

<sup>594</sup> CABRERA MERCADO, R.: “El derecho...”, cit., pp. 29 y ss.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Se ha llegado a afirmar que la exención del deber de declarar del artículo 416 LECRIM es de tal importancia que “se ha convertido en los últimos años en una de las instituciones procesales de mayor alcance y que entraña mayores problemas aplicativos”. La ratio de esta dispensa legal reside en “una suerte de cláusula de inexigibilidad de otra conducta que incorpora una expresa ponderación del legislador entre el valor de persecución eficaz del delito y el valor de respeto a la idea de solidaridad familiar, otorgando prevalencia al segundo sobre la idea de la inexigibilidad de otra conducta”<sup>595</sup>.

Se ha invocado como justificación de esta dispensa el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio, basándose “en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado (protección de las relaciones familiares -art. 39 CE-), o en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar -art. 18 CE-”<sup>596</sup>.

Con esta justificación se pretende resolver el conflicto que puede tener el testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el imputado, de manera que se otorga a la víctima/testigo la opción de elegir en un sentido u otro<sup>597</sup>, para proteger al testigo pariente y no para proteger al reo como ha llegado a señalar alguna resolución judicial.

---

<sup>595</sup> Tales afirmaciones resultan recogidas en HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Director HERNÁNDEZ GARCÍA, CGPJ, *Manuales de Formación Continuada*, nº 51, 2009, pp. 182 y ss.

<sup>596</sup> ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: Interpretación Jurisprudencial”, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación Jurisdiccional de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de Diciembre, CGPJ, p. 2.

<sup>597</sup> Señala la Sentencia de la sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Marzo de 2009 que “no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio” -FJ 1-.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En la práctica de los Juzgados es usual que la mujer que formuló denuncia ante la Policía, una vez se encuentre ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o, en su caso, ante el Juzgado de Instrucción no declare contra su agresor (artículo 416 LECRIM)<sup>598</sup>. Los motivos pueden ser diversos<sup>599</sup>. También cabe la posibilidad de que no ejercite esta dispensa en fase de instrucción y lo haga posteriormente en el acto del Juicio Oral (artículo 707 LECRIM), con lo que en la práctica ostenta un enorme poder de disposición sobre el resultado final del procedimiento penal, y en la mayoría de las ocasiones tal actitud tiene como consecuencia directa o el sobreseimiento provisional de las actuaciones, si se carece de otros medios de prueba<sup>600</sup>, o la absolución del culpable

---

<sup>598</sup> En la Memoria de la Fiscalía del TSJ de Madrid del año 2006 ya se ponía de relieve que “en relación a la violencia de género, la víctima se acogió a este derecho (de no declarar), o se retractó en Juicio, motivando la Sentencia absolutoria en un 62,86% de los procedimientos, que acabaron con ese pronunciamiento absolutorio”.

<sup>599</sup> Los motivos pueden ser desde la rigidez y la hipercriminalización del modelo de intervención penal que puede llevar a la víctima a no querer seguir con el procedimiento por falta de confianza en la respuesta judicial, hasta supuestos de coerción de la misma, intereses familiares/personales de la agredida, dependencia económica o emocional de su agresor, la existencia de hijos comunes, el temor a la reacción de su agresor, la falta de apoyo familiar y social, falta de autoestima, sentimiento de culpabilidad, factores culturales, etc.

Sobre esta materia vid., LORENTE ACOSTA, M.: *Mi marido me pega lo normal*, Ed. Crítica, Barcelona, 2003; LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2003, pp. 271 y ss., quién pone de manifiesto que en España no se ha producido una discusión acerca de si para la mujer maltratada es más ventajoso la configuración del delito de violencia de género como un delito público o semipúblico; LORENTE ACOSTA, M.: “Síndrome de Maltrato a la Mujer”, *Cuadernos de Medicina Forense*, nº 14, 1998, pp. 59 y ss.

<sup>600</sup> Sobre esta materia vid., MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 449 y ss.



### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

al no disponer de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del mismo<sup>601</sup>.

No es exagerada la afirmación vertida por HERNÁNDEZ GARCÍA<sup>602</sup> de que “en este momento una persona puede resultar absuelta o condenada en nuestro país en función del uso regulativo de las condiciones de admisión o exclusión de la prueba testifical en aplicación de las reglas contenidas en los artículos 416 y 418 LECRIM”, y que es una cuestión que en ocasiones “pende de las más variadas interpretaciones de los Tribunales”.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2010 deja constancia expresa de “las graves perturbaciones que, en el ámbito de la respuesta penal contra la violencia de género, sigue generando la redacción actual del artículo 416 LECRIM, auténtica vía de escape, para auténticos maltratadores, y frecuentísima causa de sentencias absolutorias que no deberían serlo”.

En esta Memoria y en la del año anterior analizan las retiradas de acusación por los Fiscales en el acto del Juicio en la materia de violencia sobre la mujer dejando constancia que la principal causa de retirada de la acusación (más del 40% de los casos) es por el uso de esta dispensa en el Plenario por parte de la víctima.

---

<sup>601</sup> Las SSTC de 28 de Julio de 1981 y de 1 de Abril de 1982 trazaron la distinción entre el derecho constitucional a la presunción de inocencia previsto en el art. 24 CE y el principio “in dubio pro reo”, regla procesal que actúa cuando el juzgador valora la prueba, pues los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el juzgador, a quién corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de la Sentencia.

En esa línea la STC de 20 de Febrero de 1989 insiste en esa diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia que impide la condena ante la ausencia de prueba de cargo, y el principio jurisprudencial “in dubio pro reo” que pertenece al momento de la valoración de la prueba e impone la absolución del acusado cuando pese a haberse practicado prueba en la Vista persiste una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito enjuiciado.

<sup>602</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género*, CGPJ, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007, p. 195.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En el Informe elaborado por el Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ en el año 2009 que lleva por rúbrica “Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales” señala que la dispensa de la obligación de declarar del artículo. 416 LECRIM “genera una buena parte de las sentencias absolutorias dictadas en materia de violencia de género, dado que estos delitos se cometen en no pocas ocasiones en la intimidad, adquiriendo por ello, la declaración de la víctima especial relevancia. El mantenimiento de la actual redacción del precepto aproxima estos delitos, de alguna manera, a la consideración de delitos privados”.

Por todo lo dicho, el legítimo ejercicio de esta dispensa legal puede implicar la transformación de un delito público en un delito privado<sup>603</sup>, dado que no obstante la continuación del curso de las actuaciones a instancia del Ministerio Fiscal, queda al arbitrio de la víctima la efectiva represión penal de estas conductas delictivas. También se configura como una especie de perdón que debería resultar irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal<sup>604</sup>.

En consecuencia, se plantean distintas cuestiones de innegable trascendencia procesal como por ejemplo las siguientes: si el testimonio incriminatorio de la mujer en sede policial o en instrucción cuando posteriormente no declara contra su agresor en el acto del Juicio Oral puede ser tenido en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, la determinación del plazo para el ejercicio de esta dispensa, si es posible o no la introducción en la Vista de tales declaraciones iniciales y, en su caso,

---

<sup>603</sup> Sobre esta materia vid., CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea la actual aplicación de la ley integral”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011, p. 95.

<sup>604</sup> La SAP Cáceres, sec. 2ª, de 9 de Mayo de 2005 considera que es fraude de ley utilizar el ejercicio de ese derecho para convertir por vía de hecho a un delito público perseguible de oficio (en el que no cabe el perdón) en una especie de delito estrictamente privado en el que dicho perdón si sería eficaz para extinguir la responsabilidad penal.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

cuales son los mecanismos legales para efectuar dicha introducción, los efectos de la retractación de la denunciante<sup>605</sup>, la eficacia de otros medios de prueba, etc.

Ante el ejercicio de la dispensa de no declarar se ha planteado la utilidad de los testigos de referencia<sup>606</sup>, cuya admisión ha sido objeto de doctrina contradictoria por parte del TS<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> Es cada vez menos frecuente que la víctima en el acto del Juicio se retracte de sus manifestaciones incriminatorias iniciales puesto que la misma debidamente asesorada conoce que es más eficaz a los fines que se pretende con su actuación (absolución del acusado) acogerse a la dispensa legal de los arts. 416 y 707 LECRIM, acogimiento que imposibilita (a diferencia de la retractación) la valoración de sus declaraciones anteriores.

En este sentido el artículo 714 LECRIM, como veremos posteriormente, estipula que:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

De igual forma el artículo 46.5 LOTJ permite que los letrados de las partes intervinientes en el Juicio Oral podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen existan, entre lo que manifiesten en el Juicio Oral y lo dicho en fase de instrucción.

Las SSTS de 15 de Octubre de 2009 y de 16 de Diciembre de 2004 afirman que el Tribunal de enjuiciamiento puede valorar como prueba de cargo el contenido de las declaraciones sumariales del acusado o los testigos, prestadas ante el Juez de instrucción con todas las garantías, aún cuando rectifique en el Juicio Oral, siempre que aquellas sean incorporadas debidamente al Plenario, ordinariamente mediante la lectura prevista en el artículo 714 LECRIM o bien de forma suficiente a través del interrogatorio, pudiendo aceptar unas u otras, aunque deba razonar su decisión debidamente.

El Tribunal Supremo tiene declarado que cuando la declaración sumarial incriminatoria no es mantenida posteriormente en el Juicio al rectificarse la inicial versión se admite que se valore como prueba de cargo la primera sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. En tal caso la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (SSTS de 7 de Noviembre de 1997 y de 14 de Mayo de 1999).

Sobre esta materia, vid., ERICE MARTÍNEZ, E.: “La retractación de la denunciante en la aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La valoración del daño en la víctimas de la violencia de género*, CGPJ, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007, pp. 157 y ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba ...”, cit., pp. 396 y ss.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Algunas resoluciones los han admitido al entender que el ejercicio por las víctimas de su derecho a no declarar imposibilita el testimonio directo<sup>608</sup>, aunque otras

---

<sup>606</sup> El artículo 710 LECRIM señala que “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”.

Ejemplo de testigo de referencia es el testimonio prestado por los agentes de la autoridad que no declarando la víctima relatan lo que esta les contó, e incluso lo que presenciaron cuando acudieron al lugar de los hechos, como las lesiones aparentes que tenía la víctima, el nerviosismo de la misma, el estado de la vivienda donde sucedieron los hechos, etc.

Sobre esta materia vid., VELAYOS MARTÍNEZ, M.I.: *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; PIÑEIRO ZABALA, I.: “Los denominados testigos de referencia en los delitos de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7581, Sección Tribuna, 2011; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba ...”, cit., 398 y ss.

<sup>607</sup> También las resoluciones de las Audiencias Provinciales han sido vacilantes en esta materia.

Como ejemplo basta la lectura de la SAP de Cáceres, sec. 2ª, de 9 de Mayo de 2005 citada anteriormente que sostiene que a falta de prueba testifical directa se puede acudir al testimonio de referencia para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando que “la falta de voluntaria declaración en el plenario debe entenderse como un supuesto de imposibilidad a los efectos de considerar prueba suficiente el testimonio de referencia”.

En sentido contrario, la SAP de Barcelona de 13 de Agosto de 2004 señala que “el testigo de referencia, es decir su declaración, podrá ser tenida en cuenta cuando materialmente no se pueda contar con el testigo directo, por ser extranjero, haber fallecido o encontrarse en paradero desconocido. Se trata de supuestos en los que resulta imposible o muy dificultoso traer al testigo directo al acto del juicio oral. Pero ello no es equiparable al supuesto que nos ocupa, pues se cuenta con la presencia del testigo directo en el acto del juicio oral, pero éste no declara amparándose en un precepto legal, que le dispensa de la obligación de declarar (...). Si en estos casos se acudiera a la testifical de referencia se dejaría sin contenido el citado precepto legal, causando indefensión al acusado y vulnerando la dispensa de que la ley otorga a la testigo (...). En este caso la testifical de referencia no puede ser tenida en consideración para fundamentar el fallo condenatorio” -FJ 2-.

<sup>608</sup> En este sentido la SAP de Madrid, sec. 27ª, de 19 de Febrero de 2009 señala que la prueba testifical de referencia puede fundamentar una condena cuando no ha sido posible contar con el testimonio directo (al ampararse la víctima en su derecho a no declarar), ya que la ausencia de su testimonio no debe traducirse, en todo caso, en una absolución automática del acusado, de forma que el testimonio de referencia unido a otras pruebas como el informe forense (STS de 12 de Julio de 2007) puede desvirtuar la presunción de inocencia.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

optan por excluirlos al considerar que la presencia del testigo en el Juicio donde no declara no puede entenderse como un supuesto de imposibilidad real y efectiva que valide dicho testimonio como sería el fallecimiento, el ignorado paradero, residencia en el extranjero, etc.<sup>609</sup>.

---

<sup>609</sup> Las SSTS de 27 de Enero de 2009 y de 10 de Febrero de 2009 afirman que el testigo de referencia “tiene una limitada eficacia demostrativa (...) pues pasar (...) a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción”, entendiendo que su valor es “el de la prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria (...) cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical”, y que “esa imposibilidad de acudir al testigo directo (...) ha de ser material algo que no ocurre cuando el testigo directo compareció pero se negó a declarar ante el Tribunal”.

En cambio la STS de 26 de Junio de 2009 considera que el testimonio de referencia sí prueba sobre lo percibido por el testigo, que la víctima le contó voluntariamente un suceso, y ese relato unido a la demostración de las lesiones puede constituir prueba de cargo.

Resulta evidente que el testimonio de referencia puede tener distintos grados según relate lo que escuchó o percibió (auditio propio) o lo que le contaron (auditio alieno), y en algunos supuestos puede tener plena validez probatoria (SSTC 146/2003, 41/2003, 155/2002) en atención a la información que se suministre al proceso por su percepción directa de las circunstancias del caso, y es que el testigo de referencia puede ser testigo directo de hechos percibidos por si mismo (como el estado que presentaban la víctima y su agresor).

Como recoge la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 36 de Madrid de 5 de Noviembre de 2012 “el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diferentes sentidos en orden a la valoración de las declaraciones de los agentes de policía, en caso de que la perjudicada se acoja a su derecho a no declarar, cuando refieren lo que la víctima les relató (...) otorgándoles en ocasiones valor de testifical de referencia y negándosela en otras, (...) no ha cuestionado su valor de prueba testifical respecto (...) de lo que percibieron directamente. Pero en otros casos, incluso como la STS 625/07, de 12 de Julio (...) reconoce el carácter de testigos directos (...) respecto de las lesiones que presenta la víctima, apreciada directamente por sus sentidos al llegar al lugar de los hechos o del médico que la atendió, señala además que puede constituir base de la prueba indiciaria, en la misma línea que la STS 821/09, de 26 de Junio”.

En el mismo sentido se expresan las SSAP de Madrid, sec. 26ª, de 1 de Diciembre de 2011; sec. 27ª, de 22 de Diciembre de 2011; sec. 26ª, de 12 de Enero de 2012; sec. 27ª, de 12 de Enero de 2012; sec. 26ª, de 19 de Enero de 2012; sec. 27ª, de 19 de Julio de 2012; sec. 26ª, de 13 de Septiembre de 2012.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

Para evitar la impunidad de los delitos cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar, la STS de 6 de Junio de 2012 otorga valor de prueba indiciaria<sup>610</sup> de cargo a las manifestaciones espontáneas de la víctima ante los agentes de la policía que acudieron en su auxilio, observando lesiones que posteriormente fueron objetivadas por un médico, afirmando que “fue una espontánea narración que quiso voluntariamente hacer a los presentes (médico y agentes de policía) que se limitaron a escuchar el relato que la lesionada estimó oportuno hacerles. No fue pues una declaración sino una narración que hizo por sí misma cuando, donde y ante quién quiso hacerla. Los que la oyeron acudieron al Juicio Oral y testificaron contando lo que allí escucharon. Por ello el posterior ejercicio por la lesionada de su derecho a no declarar en el Juicio Oral contra su pareja, que acarrea la imposibilidad de introducir en el proceso cualquier anterior declaración suya, conforme a la doctrina recogida en la Sentencia de esta Sala de 20 de Febrero de 2009, no impide que los testigos de referencia cuenten como tales lo que la agredida les contó, comentó, narró y relató voluntariamente, por su iniciativa sin prestar una declaración policial o judicial en sentido propio” -FJ 1-.

Y de igual forma señala que “los testimonios de referencia no suplen el testimonio directo de la agresión, pero si prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquélla persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye prueba de cargo” -FJ 1-.

Todas estas cuestiones no han sido objeto de un tratamiento unitario por parte de la doctrina y de los órganos judiciales, causándose una indeseable inseguridad jurídica

---

<sup>610</sup> La STC de 17 de Diciembre de 1985 define la prueba indiciaria o circunstancial como “aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferir estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”, y señala que “la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria” -FJ 3-.

Sobre esta materia vid., ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba ...”, cit., pp. 403 y ss.

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

en esta materia. En consecuencia se hace evidente la necesidad de una reforma que de adecuada respuesta a los problemas suscitados, sin olvidar que la regulación procesal actual existente en relación a los testigos no distingue entre testigo-víctima y testigo que no ostenta esta última condición.

Veamos las distintas posiciones mantenidas alrededor de los problemas señalados.

### **1. Sobre la dispensa legal del artículo 416 LECRIM.**

#### **A) Posición doctrinal.**

##### **1.1. Fundamento de la dispensa.**

El artículo 416 LECRIM que tiene su origen en 1882 se promulgó para proteger los vínculos de solidaridad familiar evitando conflictos en este ámbito cuando la declaración testifical de un pariente del procesado pudiera perjudicarlo<sup>611</sup>.

Las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, hasta hace pocos años, señalando que su fundamento “no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesitura de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por el delito de falso testimonio”<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> La base de este precepto está en que “repugna a la propia naturaleza humana y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por círculos estrechos de parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse con sus respectivas declaraciones, exponiendo por su concurso unos a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar impone” (AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1917).

<sup>612</sup> CABRERA MERCADO, R.: “El derecho a...”, cit., p.31.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

El Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ realizado en el 2010 sobre los problemas de interpretación y aplicación que presenta la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género entiende que “la razón inicial de ser de dicho precepto radica en que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen y que pudiera incriminarle o verse en la situación de tener que mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio”.

CATALINA BENAVENTE<sup>613</sup> señala que “la exención del deber de declarar de la mujer víctima de violencia de género no es la lealtad hacia su marido o pareja, ni el amor, ni el respeto ni la paz familiar..., la exención se puede justificar, aparte de porque viene reconocido en la ley, en que la mujer víctima de violencia de género tiene que poder decidir qué intervención quiere tener en el proceso penal contra su agresor. Sin que esto signifique que aquella mujer que no quiere declarar contra su marido/pareja en el proceso penal no quiera poner fin a la violencia que padece en el seno de su relación de pareja”.

Como afirma ETXEBERRÍA GURIDI<sup>614</sup> la doctrina mayoritaria, con amplio apoyo jurisprudencial, equipara la dispensa del deber de declarar “con una especie de excusa absolutoria de naturaleza extrapenal basada en la inexigibilidad de otra conducta y que incorpora una expresa ponderación del legislador entre el valor de la persecución eficaz del delito y el valor de respeto a la idea de solidaridad familiar, otorgando prevalencia al segundo”<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> CATALINA BENAVENTE, M.A.: “La denuncia ...”, cit., p. 345.

<sup>614</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba ...”, cit., p. 366.

<sup>615</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 46, 2010, p. 32; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención...”, cit., p. 197; HERRERO YUSTE, M.: “Violencia de género ...”, cit., pp. 62 y ss.; PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria ...”, cit., p. 507.



*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

La trascendencia de fijar la razón de ser del artículo 416 LECRIM tiene su importancia, como veremos posteriormente, para determinar el momento en que debe tenerse en cuenta para valorar si el testigo está o no dispensado de su obligación de declarar.

También se ha planteado por algún autor que si la finalidad de la dispensa es resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado y preservar la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos, se puede dar el caso de los hijastros del acusado que hayan tenido una relación consolidada de convivencia y familiaridad con aquel que justificaría también el ejercicio de esta dispensa conforme a una interpretación no rigorista de la misma, aunque estos -hijos de la víctima y no del acusado que conviven con ambos- no se encuentren recogidos en el artículo 416 LECRIM<sup>616</sup>.

Igual dilema se suscita en relación a los suegros del acusado y padres de la víctima.

Los que consideran que no gozan de esta dispensa alegan que esta relación no esta recogida en el tenor del artículo 416 LECRIM, y sin embargo si que están excluidos expresamente de la obligación de denunciar del artículo 261 LECRIM.

Los que entienden que si están amparados por esta dispensa se basan en:

a) Una interpretación integradora y racional del artículo 416 LECRIM (como se hizo en el pasado con la relación análoga al matrimonio).

b) En que este último artículo debe ponerse en relación con el referido artículo 261 LECRIM al resultar contradictorio que se obligue a testificar en contra del acusado a quién no tiene obligación de denunciar.

---

<sup>616</sup> CABRERA MERCADO, R.: “El derecho a...”, cit., p.31.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

c) La declaración falsaria en beneficio del acusado se trataría de un supuesto de encubrimiento impune al amparo del artículo 454 CP, que recoge quienes están exentos de las penas impuestas a los encubridores.

Asimismo deben entenderse incluidos en el derecho a la dispensa a los parientes menores de edad<sup>617</sup> al tratarse de un derecho fundamental de carácter personalísimo, irrenunciable, inalienable e imprescriptible dependiendo su pleno ejercicio del grado de discernimiento del menor, por lo que en los casos en que no sean capaces por su edad o madurez de comprender el derecho que les ampara a no declarar deberán ser sus padres o guardadores, o en caso de conflicto de intereses de estos últimos el Ministerio Fiscal, quién ejercite o no este derecho<sup>618</sup>.

Se ha afirmado que en base al artículo 706 LECRIM, que señala que “hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento...”, se podría distinguir entre aquellos que por tener que prestar juramento son testigos propiamente dichos (los mayores de catorce años) y los menores que en tanto no prestan juramento son simplemente objeto de exploración, proponiéndose que solo los primeros estarían autorizados a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECRIM.

---

<sup>617</sup> La STS de 11 de Octubre de 2006 afirma respecto de un menor de nueve años que “no puede otorgársele la capacidad para decidir sobre su voluntad de declarar o no, por lo que al tratarse de una posible víctima y ser prueba fundamental de los hechos, resulta de todo punto correcta su exploración por el Tribunal”. En cambio la STS de 11 de Abril de 1996 ante una víctima que contaba doce años afirma lo contrario.

La STS de 26 de Octubre de 2009 admite como prueba la exploración de una testigo menor de edad que no fue informada de su derecho de dispensa atendiendo a que tenía seis años y que carecía de capacidad suficiente para discernir entre decir o no la verdad y de capacidad para determinar y distinguir aquello que pudiera beneficiar o perjudicar a su pariente imputado al considerar que “el fundamento del artículo 416 LECRIM quedaba desvirtuado y no resultaba de aplicación”.

<sup>618</sup> RODRIGUEZ LAINZ J.L.: “En torno a la evolución ...”, cit., p. 33; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 301 y ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba en ...”, cit., 373.

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Esta posición no ha contado respaldo expreso en la Jurisprudencia por lo que lo esencial es indagar en el caso concreto sobre la efectiva capacidad de discernimiento del menor<sup>619</sup>, pudiendo ser suficientemente maduro un menor de doce años.

A los totalmente incapaces para gobernar su persona, dado que conforme señala el artículo 417 LECRIM no pueden declarar como testigos, no les sería de aplicación el artículo 416 LECRIM, y cuando solo tengan su capacidad limitada habrá que valorar si son capaces de comprender el alcance de este acto para permitirles el ejercicio de este derecho.

### **1.2. Exclusión de la víctima-testigo.**

En íntima relación con la problemática de la dispensa se encuentra la cuestión de si cabe excluir de su ámbito de aplicación a las personas que además de testigos sean víctimas del delito.

Es evidente como señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS<sup>620</sup> que la víctima de la violencia de género es un “testigo privilegiado respecto de los hechos”, por lo que se trata de un testigo de especial trascendencia.

El Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ elaboró en fecha 20 de Abril de 2006, un Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, en el que mantenía que si el pariente era la víctima era “lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECRIM previsto en su momento solo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima ...”, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho ...”, e interesó una modificación

---

<sup>619</sup> La SAP de Barcelona de 14 de Enero de 2009 considera adecuado que a un menor de seis años ante la imposibilidad de entender el alcance y trascendencia del acto no se le tome promesa o juramento de decir verdad, ni se le advierta de la obligación de ser veraz ni de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio al carecer de capacidad suficiente para discernir entre decir o no la verdad.

<sup>620</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 779, 2009, p. 8.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

puntual de dicho precepto de forma que la dispensa no alcanzara a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos/faltas cometidos frente a ellos.

El argumento utilizado para excluir a las víctimas del ejercicio de la dispensa es que no pueden equipararse al testigo al que se refiere el artículo 416 LECRIM, ya que este precepto está pensado para evitar que la declaración del pariente testigo determine la condena del imputado, y para evitar la comisión del delito de falso testimonio, por lo que la víctima no es un testigo que interviene en el proceso como tercero extraño a los hechos que se enjuician, sino un testigo privilegiado que declara sobre los hechos de los que ha sido víctima, y que puede provocar la incoación de un procedimiento penal interponiendo denuncia.

Se plantea también si cabe excluir del ámbito de aplicación de la dispensa legal al testigo víctima del delito que además ha promovido la acción penal contra su agresor.

En tal caso se cuestiona si la víctima que interpone denuncia y pone en marcha la actuación policial y el procedimiento penal puede ampararse luego en la dispensa ante la autoridad judicial, sea durante la fase de instrucción o en el Juicio Oral.

Un sector doctrinal minoritario ha mantenido que una vez la víctima interpone denuncia decae en su derecho, aduciendo como justificación de este posicionamiento:

1) Que al ejercer la acción penal contra su pariente o pareja no es testigo a efectos del artículo 416 LECRIM al asumir condición acusadora<sup>621</sup> y dejar fuera la neutralidad del familiar que se presume en dicho precepto.

2) Que tal ejercicio de la acción penal debe equipararse a renunciar de forma tácita al ejercicio de la dispensa<sup>622</sup>.

---

<sup>621</sup> A este planteamiento se critica que no es cierto que quién denuncie pase a ser automáticamente acusación particular, en vez de testigo, al no variar la mera denuncia su posición de testigo.

<sup>622</sup> Aunque la Jurisprudencia ha sido dubitativa, la misma no ha asumido finalmente esta equiparación.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

Se argumentaba en apoyo de esta posición que aplicar el art. 416.1 LECRIM a la víctima testigo que ha denunciado sería tanto como legitimar la renuncia a la acción penal, con efectos determinantes de la absolución, por falta de prueba incriminatoria, cuando la única existente sea la declaración de la víctima.

Y que la víctima no es el testigo al que se refiere dicho precepto ya que si presenta una denuncia ante una Comisaría o Juzgado de Guardia contra una persona que guarda con ella una relación incluida en el art. 416 LECRIM no puede ampararse en esa misma relación para evitar someterse a la alternativa de declarar la verdad de lo que conoce y que puede incriminar a su pariente o faltar a la verdad para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio.

De forma que pudiendo no denunciar al amparo del art. 261 LECRIM, una vez interpuesta esta denuncia se ha efectuado una renuncia tácita al uso del art. 416 LECRIM y no puede ampararse en el mismo para negarse a declarar en el marco de un procedimiento que la propia víctima ha iniciado.

---

La STS de 27 de Octubre de 2004 considera que cuando la propia víctima formula denuncia las previsiones del art. 416 LECRIM son superfluas e irrelevantes, entendiéndose que el testigo ha renunciado a tal derecho. En la misma línea se pronuncian las SSTs de 8 de Marzo de 2006 y de 12 de Junio de 2007.

Así la referida STS de 8 de Marzo de 2006 señala que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza en la medida en que la presentación de una denuncia advierte claramente de voluntad espontánea de declarar.

Y la citada STS de 12 de Junio de 2007 afirma que cuando es la propia víctima quién formaliza una denuncia de forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el artículo 416 LECRIM que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctima.

La SAP de Lérida de 29 de Noviembre de 2004 señala que cuando la víctima –testigo– comparece de forma espontánea ante la autoridad para poner de manifiesto unos hechos, desde que manifiesta su intención de denunciar a su pariente o persona ligada con vínculo afectivo análogo, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente, consciente, la renuncia a la facultad que le confiere aquel precepto.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

En este sentido MAGRO SERVET<sup>623</sup> considera de inaplicación en este supuesto la posibilidad de acogerse a la facultad de no declarar, entendiendo que al haberse ejercitado la acción penal contra su pariente agresor no se trata de un testigo a los efectos del artículo 416 LECRIM. Esta regla estaría pensada para los parientes que asumen dicha condición en sentido estricto como terceros, no para aquellas personas que además de disponer de información sobre el hecho justiciable, han asumido un rol de persecución. Además al ejercitar la acción penal se renuncia de forma tácita a tal dispensa al denunciar de forma voluntaria<sup>624</sup>.

Dicho autor sostiene que “en los casos en que se trate de víctimas de violencia de género, éstas no pueden escudarse en el art. 416 LECRIM para no declarar en el juicio oral, ya que este artículo está concebido para evitar obligar a un testigo a declarar contra su pariente, pero no para permitir a la víctima que ha sido denunciante que no declare luego en el juicio cuando ha sido su denuncia la que ha dado inicio al procedimiento penal, porque sería tanto como legitimar la renuncia a la acción penal con efectos determinantes de la absolución por falta de prueba inculminatoria, cuando la única existente es la declaración de la víctima denunciante”<sup>625</sup>.

---

<sup>623</sup> Este autor propone una reforma legal que excluya a las víctimas del ejercicio de la dispensa del artículo 416 LECRIM, y reclama un estatuto específico de la víctima en el proceso penal distinto al del testigo, aludiendo en apoyo de su reclamación la particular situación de las partes civiles que intervienen en el proceso civil por medio de la prueba de interrogatorio de parte y no como testigos (MAGRO SERVET, V.: “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECRIM): ¿es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, nº 6333, 2005).

Sobre esta materia vid., HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *99 cuestiones básicas...*, cit., pp. 188 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención...”, cit., pp. 203 y ss.

Sobre el actual estatuto de la víctima vid., la reciente Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la víctima del delito.

<sup>624</sup> Esta posición tendría su apoyo en la STS de 12 de Julio de 2007, aunque esta resolución choca frontalmente con el criterio seguido en las SSTS de 22 de Febrero de 2007 y de 10 de Mayo de 2007 que consideran expresamente que el privilegio del artículo 416 LECRIM es también válido para “el testigo en quién concurra la condición de víctima del delito que se imputa al inculgado”.

<sup>625</sup> MAGRO SERVET, V.: “La imposibilidad de ...”, cit., p. 7.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Frente a esta posición, la doctrina mayoritaria considera que el legislador distingue en el proceso entre el estatuto de parte y el estatuto de testigo, sin que el ejercicio de la acción penal genere una categoría testifical nueva ni implique un cambio de las obligaciones y derechos de los testigos, con independencia de que sean traídos al proceso para aportar información del hecho justiciable del que han sido víctimas, por lo que no estaría justificada la inaplicación del art. 416 LECRIM, posibilitando el testigo la transmisión de información al procedimiento sin perjuicio del carácter directo o indirecto de la misma, y sin que exista un mandato de prohibición de testificar como ocurre en la regulación de la acción penal entre parientes prevista expresamente en el artículo 103 LECRIM<sup>626</sup>.

Particular posición es la mantenida por MARTÍN RÍOS<sup>627</sup> que sostiene que lejos de postular la radical exclusión de este derecho para los testigos-víctimas, interesaría más vetarles la posibilidad de acogerse a esta dispensa solamente cuando su declaración fuera la única prueba con la que se contara, y de ello dependiera, en consecuencia, la condena del culpable.

#### **1.3. Momento de vigencia del vínculo parental.**

Otra cuestión de indudable trascendencia práctica es cuando debe exigirse el vínculo parental previsto en el art. 416 LECRIM para justificar la aplicación de esta dispensa legal, especialmente en las relaciones matrimoniales y more uxorio.

---

<sup>626</sup> El artículo 103 LECRIM señala que " Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros ".

<sup>627</sup> MARTÍN RÍOS, M.P.: "Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de la violencia de género: análisis de la jurisprudencia española", *Revista General del Derecho Procesal*, nº 15, 2008.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

Teóricamente cabrían distintas opciones:

1) Entender que debe concurrir tal vínculo en el momento en que el testigo tiene que declarar (ante la policía, el Juez o el Ministerio Fiscal), con independencia de si existía o no en la fecha de comisión de los hechos punibles.

Los partidarios de atender al momento de la declaración han apuntado que en el caso de la ruptura de la relación con el cese de la convivencia tal ruptura ha de obedecer a la voluntad de las partes y no a la impuesta por una orden de alejamiento y/o prohibición de comunicación, en los que el cese de la relación o la convivencia se habría interrumpido por decisión judicial y no por voluntad de aquellos, que pueden tener subsistente el vínculo de afectividad (STS de 22 de Febrero de 2007).

Fue en principio el criterio mayoritario el que consideraba que sólo era aplicable la dispensa a las personas que en el momento en que se solicitaba su declaración conservaban con el acusado algún de los vínculos enumerados en el art. 416 LECRIM<sup>628</sup>.

RODRÍGUEZ LAINZ<sup>629</sup> considera que la ruptura del nexo conyugal rompe el ligamen que justifica el reconocimiento del derecho siempre que se entienda que el fundamento de la dispensa se encuentra en el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al consorte por razón del nexo sentimental.

Este planteamiento no explicaría como puede atenderse al tiempo del proceso para determinar la subsistencia de la obligación de declarar, cuando se atiende al tiempo de los hechos para la protección penal de la persona vinculada por esa relación y también en su caso, para eximirla de la responsabilidad por encubrimiento.

---

<sup>628</sup> En este sentido se pronuncian la SAP de Tarragona de 12 de Enero de 2007, las SSAP de Madrid de 21 de Septiembre y 5 de Octubre de 2006, de 30 de Abril de 2007 y de 3 de Marzo de 2008, y la SAP de San Sebastian de 1 de Diciembre de 2008.

<sup>629</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “En torno a ...”, cit., pp. 43 y ss.



*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

2) Considerar que es suficiente con que concurra en el momento de la comisión del hecho justiciable, aunque no concurra en el momento de prestar declaración.

Los partidarios de esta opción la justifican en base a que el testimonio puede comprometer la intimidad familiar existente al tiempo de los hechos.

La opción por un criterio u otro tiene evidentes consecuencias sobre el resultado final del procedimiento, atendida la importancia de dicha declaración para acreditar la comisión de los hechos delictivos.

Según señala HERNÁNDEZ GARCÍA<sup>630</sup> la dispensa sería ejercitable si el vínculo existía en el momento en el que testigo accedió a la información, cuando se produjo el hecho<sup>631</sup>, con independencia de que concurriera o no cuando efectúe su declaración, y ello al considerar:

a) Razones de seguridad jurídica para optar por dicha posición como se recoge en la regulación procesal francesa, puesto que si se atendiera a la fecha de la declaración del testigo, la eficacia de la dispensa podría estar condicionada a la diligencia en la tramitación de la causa.

b) Motivos de orden sistemático atendiendo a que el ejercicio de la dispensa en el acto del Juicio (art. 707 LECRIM) se remite a las condiciones del art. 416 LECRIM, por lo que si se dieran las condiciones de la dispensa en el momento procesal en el que se activó este último artículo, las mismas deberían permanecer cuando se activa el art. 707 LECRIM.

c) Argumentos de orden teleológico conforme al fundamento de la excepción del deber genérico de declarar puesto que si la inexigibilidad de otra conducta se basa en la existencia de lazos personales, estos lazos pueden haberse roto en el momento de la

---

<sup>630</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *99 cuestiones básicas...*, cit., pp. 190 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención...”, cit., p. 216.

<sup>631</sup> Dicha opción ya fue cuestionada por la STS de 4 de Abril de 2008 que exigía la existencia del vínculo en el momento de la declaración del testigo.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

declaración testifical, pudiendo subsistir el conflicto de intereses del testigo, conflicto que aunque debe valorarse cuando el testigo conoció la información también puede subsistir posteriormente en el momento de su declaración, por lo que debe valorarse si existen razones que justifiquen la aplicación de la dispensa al no entenderse adecuado condicionar en todo caso el ejercicio del art. 416 LECRIM a la convivencia actual<sup>632</sup>, dado que incluso el ATC de 6 de Junio de 2006 señalaba que “el dato de la convivencia no determina por si solo la eficacia de la cláusula de exención contenida en el artículo 416 LECRIM”.

El Codice de Procedure Penale italiano en su artículo 199 reconoce la facultad de abstención al deber de declarar de los parientes relatados en el artículo 307 CP (ascendientes, descendientes, colaterales de segundo grado y cónyuges) respecto de los hechos que se imputen al acusado con el que tuvo o mantiene el vínculo, extendiéndose a los que convivan en relación análoga al matrimonio respecto a los hechos que hubiera cometido durante el periodo de convivencia.

Tal facultad de abstención no se admite cuando el pariente haya presentado denuncia, querrela, instancia de procedimiento o haya sido ofendido por el delito, en cuyo caso existe la obligación de declarar previa prestación de juramento o promesa.

De dicha regulación se desprende la prevalencia del interés familiar frente a la persecución del delito aunque limita su alcance cuando el pariente ejercita la acción penal o es víctima del delito.

El Codice de Procedure Penale francés establece la obligación de prestar declaración, sin excepciones, ante un Tribunal Penal, cuando una persona es llamada a declarar, pero su artículo 448 señala que no se exigirá juramento de decir verdad a los ascendientes, descendientes, hermanos/as, a los afines en los mismos grados y al marido y a la mujer, aún después de la extinción del vínculo, de cualquiera de los acusados, e incluso el artículo 449

---

<sup>632</sup> Esta posición es la mantenida en la legislación francesa e italiana, y ha sido acogida en la STS de 26 de Marzo de 2009 que admite el ejercicio de la dispensa en un supuesto de ruptura de la relación afectiva en el momento de la celebración del Juicio Oral, pero en el que se constataron la existencia de razones de inexigibilidad de otra conducta en el testigo.

Resolución judicial contraria a las SSTS de 4 de Abril de 2008 y de 20 de Enero de 2009.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

faculta al Tribunal para que someta a juramento a alguna de las personas anteriormente mencionadas siempre que ninguna de las partes se oponga a ello.

La ausencia del deber de prestar juramento implica que el testigo no puede incurrir en responsabilidad penal por faltar a la verdad en su testimonio, tratándose de una cláusula de no perseguibilidad de su conducta mendaz<sup>633</sup>.

Este criterio vuelve a ser corregido por la STS de 26 de Enero de 2010 que afirma “que no procede la dispensa cuando se ha roto la relación de parentesco”.

En cambio la STS de 14 de Mayo de 2010 señala que “no puede vincularse dicho derecho con la subsistencia de los lazos de afectividad o incluso con la convivencia”, debiendo estarse al momento de los hechos cuando comprometa a la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los mismos.

Las dudas prácticas existentes al respecto y los vaivenes jurisprudenciales relatados han sido resueltos en la actualidad por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de unificación de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2013.

Dicho Acuerdo señala que “la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo este personado como acusación en el proceso”.

---

<sup>633</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención...”, cit., pp. 222 y ss.

#### **1.4. Validez de las declaraciones inculpativas previas en caso de utilización de la dispensa.**

Se plantea si en el caso de utilizar el testigo o la víctima la dispensa en el acto del Juicio Oral (art. 707 LECRIM) es posible o no hacer valer las declaraciones inculpativas prestadas por la misma en fases previas, y los mecanismos para introducir dichas declaraciones en la Vista.

En esta cuestión existen dos posiciones doctrinales:

1) La que considera que no es razonable negar validez probatoria a las manifestaciones sumariales practicadas con arreglo a derecho.

Se argumentaba que igual que el derecho del acusado a no declarar no impide valorar sus declaraciones sumariales, el uso de la dispensa no privaría de valor a las previas declaraciones prestadas con advertencia de esa facultad siempre que se hubieran practicado con estricta observancia de las garantías legales e introducidas en el acto del Juicio con posibilidad de efectiva contradicción.

Se afirmaba que el testigo pariente no tiene la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes practicadas con las garantías de contradicción y defensa del imputado atendida la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público de forma que el testigo víctima no tiene disponibilidad sobre el objeto del proceso<sup>634</sup>.

En este sentido GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS<sup>635</sup> opina que ningunear la primitiva declaración por la negativa a declarar significaría incidir en un agravio comparativo “pues si la víctima opta por declarar y mancillar su propia versión inicial con otra versión, ..., no se entiende por qué el silencio debe recibir una protección mayor”, y que esta prioridad del silencio en el Juicio Oral puede reforzar la creencia por el agresor de que puede controlar la

---

<sup>634</sup> Sobre esta posición vid., CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea ...”, cit., p. 109.

<sup>635</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal ...”, cit., p. 8.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

situación si sabe hacer callar a su víctima, corriéndose el riesgo de que los juicios se conviertan en una serie de “paripés absurdos”.

2) La que entiende que el ejercicio de la facultad de no declarar en el Juicio niega virtualidad a las manifestaciones incriminatorias realizadas por el testigo en fases anteriores del procedimiento penal pues su admisión implicaría un fraude de ley<sup>636</sup>.

Íntimamente ligado con esta cuestión también se ha resaltado, no obstante la existencia en su día de distintos pronunciamientos judiciales contradictorios<sup>637</sup>, que para que tenga virtualidad probatoria las manifestaciones del testigo es preciso que el mismo sea informado debidamente de la facultad de no declarar contra su pariente, para entender realizada dicha diligencia de prueba con las garantías legales, y, en

---

<sup>636</sup> En tal sentido se pronuncia FERRER BARQUERO, R.: “Aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y reincidencia”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Directora ROIG TORRES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 104 y ss.

<sup>637</sup> No siempre los pronunciamientos judiciales han admitido que la falta de información del contenido de la cláusula de exención implique la ineficacia probatoria de la declaración obtenida, al considerar en algunos casos que al denunciar la víctima de forma libre y espontánea su comportamiento adquiriría el valor de renuncia concluyente al ejercicio de esta facultad, con independencia de que no hubiera sido informada de ella en sede policial o judicial (SSTS de 2 de Noviembre de 2004 y de 12 de Julio de 2007).

Este criterio mantenido por la STS de 18 de Diciembre de 1991 que señala que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quién pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional fue seguido también por la STS de 6 de Abril de 2001 que estipula que cuando el testigo “se presente espontáneamente ante la Autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo ha sido víctima” -FJ 3-.

En la misma línea la STS de 27 de Octubre de 2004 y el Auto del TS de 29 de Marzo de 2006 afirman que cuando es la propia víctima la que denuncia, las prevenciones del artículo 416 LECRIM “son superfluas y su omisión ninguna relevancia tiene”.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

consecuencia, si declaró ante la policía<sup>638</sup> o en fase de instrucción sin ser advertido de tal dispensa, y en el acto del Juicio Oral, tras ser informado de su contenido, se acogió a la misma, ninguna virtualidad se debería dar en todo caso a lo declarado previamente<sup>639</sup>, pues no puede partirse de la presunción de que si hubiera sido informado habría declarado de todas formas en términos incriminatorios.

---

<sup>638</sup> Resulta evidente que el deber de advertir al testigo del contenido del artículo 416 LECRIM no sólo alcanza al Juez (en fase de instrucción y en fase de Juicio Oral) sino también a la policía pues carecería de sentido excluir a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de instrucción dado que esta actúa siempre por delegación o representación del Juez en la obtención de las pruebas.

La STS de 23 de Marzo de 2009 analiza la exigencia de que sea ya en sede policial cuando se haga a la víctima la advertencia del artículo 416 LECRIM.

La falta de esta información implicaría la prohibición de valorar esta declaración al amparo del artículo 11.1 LOPJ que señala que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Sobre esta materia vid., CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la mujer que sufre violencia de género”, *Revista de Derecho Penal*, nº 26, 2009, pp. 121 y ss.

<sup>639</sup> La STS de 26 de Mayo de 1999 al analizar un caso en el que los padres del imputado no fueron advertidos por la policía ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar contra su hijo, y los mismos se negaron después en el Juicio Oral a declarar tras ser advertidos de su derecho entiende que la prueba inculpatoria que se obtuvo de las primeras declaraciones son nulas.

La STS de 20 de Febrero de 2008 declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al Juicio Oral mediante su lectura al no haber sido advertida la víctima ni por la policía ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en la Vista.

E incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene que la falta de advertencia en la instrucción y la negativa a declarar del testigo en el Plenario implica que el acusado no contó con un proceso justo violándose el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (precepto que recoge el derecho a un proceso equitativo), puesto que el derecho a la prueba implica el derecho a interrogar a los testigos (SSTEDH de 20 de Noviembre de 1989, de 27 de Septiembre de 1990, de 19 de Diciembre de 1990 y de 19 de Febrero de 1991).

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

El problema se suscita en el caso de que el testigo declare en fase de Juicio Oral sin haber sido advertido debidamente de su derecho a no declarar en dicha Vista, ni en las fases previas de instrucción y en sede policial.

En línea de exigir la debida información de la facultad de la dispensa se encontrarían las SSTS de 28 de Abril de 2000 y de 12 de Junio de 2001, señalando la STS de 10 de Mayo de 2007<sup>640</sup> que para renunciar a un derecho debe informarse de que se dispone del mismo, ya que nadie puede renunciar a algo que desconozca, y que aunque la presencia espontánea pudiera entrañar una renuncia al mismo, requiere que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, renuncia que se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima -FJ 3-.

La STS de 23 de Marzo de 2009 afirma que es indispensable que exista constancia que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho, que su ejercicio tiene como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta, y “de ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez Instructor sino también por la policía (SSTS de 10 de Mayo de 2007 y 2 de Noviembre de 2004) recordando esta Sala que en caso de renuncia, ésta ha de resultar “concluyentemente expresada”, incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS de 6 de Abril de 2001)” -FJ 1-.

Clarificador es el criterio seguido en la STS de 20 de Febrero de 2008 cuando señala que la dispensa del art. 416 LECRIM es un derecho del que deben ser advertidas las personas que encontrándose en esa situación sean requeridas para participar en la indagación de hechos delictivos sobre los que tengan conocimiento, de forma que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la policía o por el Juez de instrucción , y no es preceptivo realizarlo respecto a las personas que acuden a la policía en demanda de auxilio -FJ 2-.

---

<sup>640</sup> Sobre esta materia vid., MAGRO SERVET, V.: “Consecuencias jurídicas de la no advertencia del derecho a no declarar (art. 416 LECRIM) en la violencia de género”, Sepin, 2008; MAGRO SERVET, V.: “Consecuencias de la no advertencia del derecho a no declarar y denunciar (arts. 261 y 416 LECRIM) (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007)”, *La Ley Penal*, nº 57, 2009.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

No obstante también el TS ha mantenido que cuando del examen del comportamiento procesal de la parte que declara cabe identificar de forma razonable que ésta ha renunciado de manera concluyente al ejercicio de la facultad de abstenerse, la falta de información expresa de la dispensa podría no conllevar la nulidad de la testifical (SSTS 10 de Febrero y 26 de Marzo de 2009).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 15 de Noviembre de 2010 tras reputar nulas las declaraciones testificales practicadas sin la previa advertencia referida al no haber sido prestadas con todas las garantías conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE<sup>641</sup>, mantiene que se podría admitir que la presencia espontánea de la víctima denunciante puede entrañar una renuncia al derecho a no declarar siempre que resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos de que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima -FJ 6-<sup>642</sup>.

Parece que con esta resolución el Tribunal Constitucional pretende establecer unas pautas de interpretación sobre la omisión por los titulares de los órganos jurisdiccionales del deber de informar al testigo de manera que habrá que atender a la actitud procesal de la víctima testigo de forma que si se ha constituido en parte procesal como acusación particular y ha acusado pidiendo la condena de su pareja o familiar se sobreentiende que renuncia al derecho a no declarar contra el mismo aunque no conste que se le informó de esta facultad<sup>643</sup>.

---

<sup>641</sup> Este es en la actualidad el criterio seguido por la práctica mayoría de las Audiencias Provinciales (SAP Tarragona de 26 de Mayo de 2004, SAP Barcelona de 13 de Agosto de 2004, SAP Gerona de 6 de Abril de 2005 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 29 de Abril de 2005), y en tal sentido, la SAP de Barcelona, sec.<sup>a</sup>. 20, de 21 de Febrero de 2007 señala que las consecuencias procesales de la falta de advertencia a la testigo de su dispensa de declarar implica al amparo del artículo 11.1 LOPJ la irregularidad de la testifical así obtenida.

<sup>642</sup> En este sentido se pronuncia la SAP de Tarragona, sec. 4<sup>a</sup>, de 12 de Enero de 2007 cuando afirma que “no siempre la falta de información del contenido de la cláusula de exención arrastra, como consecuencia necesaria, la inutilizabilidad probatoria de la información que pueda suministrar el testigo apriorísticamente beneficiado por dicho privilegio” -FJ 1-.

<sup>643</sup> En el mismo sentido se encontrarían las SSTS de 6 de Abril de 2001, de 2 de Noviembre de 2004 y de 8 de Noviembre de 2002.



### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Parece que con este criterio el TC exige a la víctima denunciante un plus en su actuación procesal para permitir que su declaración tenga valor probatorio, aún cuando no se le advirtió de su derecho a no declarar.

Plus que sería igualmente apreciable en los casos en que la víctima denuncia en varias ocasiones a su pareja, declara voluntariamente ante la policía y el Juez de instrucción, se persona en la causa, y ejercita los recursos procesales, al revelar una intención decidida de querer declarar contra su agresor no obstante el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el mismo y permite entender de forma implícita que renuncia al derecho a no declarar porque de lo contrario implicaría un excesivo formalismo desconectado del fundamento de la dispensa al impedir valorar como prueba la declaración del testigo realizada sin la previa advertencia de su derecho a no denunciar al resultar evidente que quiso denunciar y declarar contra su agresor.

Pero a sensu contrario si la víctima no ejercita la acción penal como acusación particular si no que se limita a denunciar y declarar se podría entender que la advertencia es imprescindible dado que el no ejercicio de su derecho a no declarar debe constar fehacientemente y su declaración sería nula y no serviría de prueba de cargo.

Por tanto, con carácter general, el incumplimiento de la advertencia legal por parte del Juez impide la valoración del testimonio como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia al incurrir en nulidad por obtener una prueba de forma no autorizada.

La STS de 6 de Abril de 2001 afirma que el hecho de no comunicar al testigo la dispensa legal de su obligación de declarar vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y vicia la prueba así obtenida.

Matizando la STS de 21 de Octubre de 2002 que “el incumplimiento no tiene trascendencia si la declaración no tiene ningún contenido inculpatario para el pariente al que se refiere”, y la STS de 5 de Marzo de 2010 que la ausencia de la advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del Juicio en si.

***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

La posición que entendía que las declaraciones sumariales inculcatorias realizadas por el testigo podían aprovecharse a pesar de haberse acogido a la dispensa legal en el Juicio Oral al amparo del artículo 707 LECRIM consideraba que dichas declaraciones podían tener efectos probatorios y que podían introducirse en la Vista por la vía del artículo 714 LECRIM<sup>644</sup> o del artículo 730 LECRIM<sup>645</sup>.

De la propia redacción de estos últimos preceptos se desprende que el supuesto previsto en el artículo 730 LECRIM implica que la declaración del testigo resulte imposible o de muy difícil reproducción en el Plenario, y el supuesto previsto en el artículo 714 LECRIM hace referencia a que exista una contradicción entre lo manifestado por el testigo en el acto del Juicio con lo declarado previamente.

Por tanto no sería susceptible de aplicación en esta materia la vía prevista en el artículo 730 LECRIM puesto que el testigo físicamente se encuentra a disposición del Tribunal y ejercita una facultad prevista legalmente que le permite no declarar, no concurriendo los presupuestos habilitantes de dicho artículo<sup>646</sup> al ser posible la declaración del testigo, si bien el mismo decide voluntariamente no declarar<sup>647</sup>.

---

<sup>644</sup> El artículo 714 LECRIM establece:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

<sup>645</sup> El artículo 730 LECRIM señala:

“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

<sup>646</sup> Se afirma que este precepto al igual que el artículo 714 LECRIM no están previstos para ser aplicados en este tipo de supuestos, y su interpretación extensiva por algunos Tribunales se ha debido a su deseo de proseguir con el procedimiento y condenar, en su caso, al presunto autor de los hechos, y “esta técnica puede resultar peligrosa porque ponemos la norma a nuestro servicio, por lo que si se aplica ante estas situaciones debemos ser extremadamente garantes de los principios del proceso así como de los derechos del procesado” (PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria una reforma ...?”, cit., p. 516).

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En un primer término el Tribunal Supremo se pronunció en contra de esta vía del art. 730 LECRIM para introducir la declaración de la víctima en la Vista conforme se desprende de las SSTS de 17 de Diciembre de 1997, de 28 de Abril de 2000 y de 12 de Junio de 2001.

Sin embargo la STS de 20 de Diciembre de 2006 señala que “el silencio es uno de los supuestos de imposibilidad que permite ex artículo 730 LECRIM dar entrada en el Juicio Oral a las anteriores manifestaciones inculpativas”.

La STEDH de 24 de Noviembre de 1986 (asunto Unterpertinger contra Austria) mantiene que la lectura de las declaraciones efectuadas en fases anteriores al Juicio Oral no vulnera el artículo 6 del Convenio de Roma<sup>648</sup> siempre que las declaraciones se presten respetando el derecho de defensa del acusado<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Italiano en su Sentencia 440/2000 al negar la posibilidad de leer la declaración previa prestada por el pariente que se niega a declarar en el Plenario por entender que la no declaración basada en la expresa voluntad del declarante no puede equipararse en modo alguno a causas objetivas que imposibiliten la práctica de dicha declaración y que justificarían dicha lectura.

<sup>648</sup> El artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que hace referencia al derecho a un proceso equitativo señala:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En el mismo sentido se pronuncian las SSTEDH de 19 de Febrero de 1991 (asunto Isgró), de 26 de Abril de 1991 (asunto Asch) y de 26 de Marzo de 1996 (asunto Doorson)<sup>650</sup>.

---

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

<sup>649</sup> Sobre el análisis de la doctrina derivada de esta Sentencia vid., HERRERO YUSTE, M.: “Violencia de género ...”, cit., pp. 67 y ss.

<sup>650</sup> En esta última posición doctrinal, actualmente superada, se encontraban algunos autores como MAGRO SERVET, quién sostenía que “si la víctima no ha declarado en el Plenario se podría hacer uso de esta declaración mediante su lectura en el Juicio Oral, pero siempre que la declaración judicial de la instrucción se hubiere verificado con el cumplimiento de los principios de contradicción y derecho de defensa del acusado” (MAGRO SERVET, V.: “La imposibilidad de ...”, cit., p. 20). HERRERO YUSTE afirmaba que “tan independiente de la voluntad de las partes es que el testigo no declare debido a su fallecimiento como que lo haga en el ejercicio de un derecho”, y que resulta incongruente que se admita el recurso del art. 730 LECRIM cuando es el inculpaado quién se acoge a su derecho a no declarar, aunque reconoce que pueden existir razones para un tratamiento diferenciado por la diferente posición y responsabilidades del acusado y del testigo pariente, las distintas consecuencias para uno y otro de una declaración inculpaatorias, etc. (HERRERO YUSTE, M.: “Violencia de género y artículo 416 de la LECRIM”, *La Ley Penal*, nº 24, 2006, pp. 69 y ss.).

El Tribunal Supremo tiene declarado que es admisible rescatar las declaraciones sumariales del imputado que guarda silencio en el Plenario porque es el propio declarante el que al negarse voluntariamente a ofrecer ante el Tribunal su versión de los hechos, el que justifica con ese actuar la posibilidad de rescatar sus declaraciones previamente prestadas en la instrucción, con todas las garantías de esa fase procesal, mientras que cuando es el testigo quién se niega a declarar es “solo la decisión de un tercero, como la propia denunciante, quién privaría a la defensa de una práctica de la prueba con las necesarias garantías derivadas de la publicidad, oralidad, contradicción e inmediación ante el juzgador, permitiendo de esa forma que se plantease la posibilidad de traer al acerbo probatorio, sin intervención de

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

---

la voluntad del acusado, material no sometido a tales principios esenciales de nuestro sistema de enjuiciamiento penal”.

Se llega incluso a afirmar que una cosa es “el ejercicio puntual del derecho a no declarar del acusado, que se agota en cada oportunidad y sin afectar al resultado de las decisiones adoptadas en otros momentos, previos o posteriores, y otra, bien distinta, la del testigo al que, en realidad, se le reconoce, en los contados supuestos contemplados en la norma, la facultad general de disponer sobre si sus declaraciones han de integrar, o no, el material probatorio de cargo contra el pariente” (SSTS 12 de Febrero de 2010 y 14 de Mayo de 2010).

Sobre esta materia vid., MAGRO SERVET, V.: “El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción”, *Diario La Ley*, nº 6421, 2006, quién sostiene a raíz de la STS de 7 de Julio de 2005 la posibilidad de que se proceda a la lectura en el Juicio Oral de las declaraciones efectuadas por los acusados en la fase de instrucción a presencia judicial y con asistencia letrada al amparo del artículo 730 LECRIM, y de igual forma a raíz de las SSTS de 17 de Julio de 2002 y de 19 de Julio de 2005 la posibilidad de que se proceda a la lectura en la Vista de las declaraciones de los testigos por esta misma vía.

ORTEGA CALDERÓN mantenía que si “el testigo, de ordinario víctima, ha comparecido al Plenario pero el mismo se acoge a su derecho a no declarar. En puridad, se trata de un supuesto de imposibilidad de reproducción en el acto del Juicio Oral de la diligencia practicada por causa independiente a la voluntad de las partes, tal y como exige el artículo 730” (ORTEGA CALDERÓN, J.L.: “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, nº 6820, 2007).

También se muestra a favor de introducir en el Juicio Oral las declaraciones realizadas por la víctima en fase de instrucción por medio de su lectura, PÉREZ CEBADERA, M.A.: “Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Universitat Jaume I, *Colección Estudios Jurídicos*, nº 13, Castellón de la Plana, 2007, p. 404.

En cambio, otros autores como DE HOYOS SANCHO sostienen acertadamente que tal posición “supondría una interpretación extensiva del artículo 730 de la LECRIM cuya aplicación ha de ser excepcional y limitada a los supuestos allí previstos y, por tanto, vulneraría la regla del artículo 741 LECRIM ya que no estamos propiamente ante un supuesto de imposibilidad de declarar en el Juicio Oral” (DE HOYOS SANCHO, M.: “Nuevas tendencias en la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género”, *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Coords. ARANGÜENA FANEGO y SANZ MORÁN, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 434 y ss.). E incluso CABREA GABATE afirma que “si no es lícito utilizar declaraciones sumariales para fundamentar la sentencia, cuando la testigo se niega a declarar en el acto del Juicio Oral, menos lícito sería utilizar la testifical de referencia, relativa a lo que la testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena, cuando la testigo no quiere declarar en el acto del Juicio Oral” (CABRERA GARATE, R.: “Apuntes

***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Respecto de la posibilidad de la aplicación del artículo 714 LECRIM para traer a la Vista las declaraciones testificales prestadas en fase de instrucción existen también dos posiciones doctrinales:

a) La posición mayoritaria que considera que no puede utilizarse al entender que se produciría un fraude de ley del ejercicio de un derecho recogido en la ley si se permitiera por esta vía la lectura en el Plenario de declaraciones inculpativas anteriores del testigo, no existiendo contradicción alguna dado que no se realizó ninguna declaración que contradiga otra anterior<sup>651</sup>.

b) La postura minoritaria que defiende su utilización al considerar que el silencio puede ser interpretado como un supuesto de contradicción con lo declarado en fases previas que justificaría su lectura en el acto de la Vista<sup>652</sup>.

En todo caso dicha controversia doctrinal ha sido zanjada por la STS de 14 de Mayo de 2010 que de forma rotunda señala que el derecho que exime del deber de declarar es incompatible con utilizar las declaraciones prestadas por la denunciante en instrucción. Cuando ésta se acoge en el acto del Juicio a su derecho a no declarar contra su cónyuge o pariente (arts. 416.1 y 707 LECRIM) no puede valorarse luego lo declarado previamente, ni siquiera por su lectura -FJ 3-.

---

sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº II, 2006).

En contra de este criterio mantenido por algunas resoluciones judiciales (SAP Barcelona de 13 de Agosto de 2004) existen otras que admiten la testifical de referencia como prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 9 de Mayo de 2005 que señala expresamente que constituye el supuesto del artículo 416 LECRIM uno de los casos en que a falta de prueba testifical directa, se puede acudir al testimonio de referencia.

<sup>651</sup> Esta es la posición seguida, entre otras, en las SSTS de 11 de Abril de 1996, de 28 de Abril de 2000, de 27 de Enero de 2009 y de 10 de Febrero de 2009, señalando esta última resolución que “nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”.

<sup>652</sup> Esta opción fue mantenida por las SSTS de 7 de Julio de 2005 y de 18 de Abril de 2007.

### **1.5. ¿Ejercicio tácito de la dispensa?.**

También se plantea si la víctima que denunció a su pareja no acude a la Vista Oral a la que fue citada como testigo debe entenderse que se acoge de modo implícito a su derecho a no declarar o es preciso que el ejercicio de este derecho deba realizarse de forma expresa.

En un principio resulta evidente que el ejercicio de este derecho debe realizarse de forma expresa tras la información por el juzgador al testigo del contenido del mismo, pero habrá que estar al caso concreto dado que si el testigo manifestó en fase de instrucción su deseo de no declarar al amparo del art. 416 LECRIM es lógico pensar que si luego no acude a la Vista a la que fue debidamente citado es porque no quiere declarar contra el acusado.

Interpretación que favorece al reo y beneficia al testigo al evitarle el trance de asistir al Juicio y posibilita evitar la suspensión de la Vista con las consiguientes dilaciones indebidas<sup>653</sup>.

No debe olvidarse como señalan acertadamente MONTERO AROCA y MARTÍNEZ GARCIA<sup>654</sup> que la norma procesal del artículo 416 LECRIM está “formalmente dispensando de un deber y materialmente otorgando un derecho, el cual se ejercitará o no por el titular del mismo conforme lo considere oportuno”, y que “el no ejercicio del derecho en una ocasión concreta no guarda relación alguna con la verdadera renuncia -que es algo que puede hacerse sólo respecto de derechos disponibles y para el futuro-, de modo que puede declararse en las diligencias

---

<sup>653</sup> En este sentido la STS de 26 de Noviembre de 1973 interpreta la incomparecencia de un testigo exento del deber de declarar al acto de la Vista como manifestación de su deseo de no declarar para evitar una suspensión del Juicio por su incomparecencia.

<sup>654</sup> MONTERO AROCA, J. y MARTÍNEZ GARCIA E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Universitat Jaume I, *Colección Estudios Jurídicos*, nº 13, Castellón de la Plana, 2007, pp. 146 y ss.

## *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

sumariales y no en el Juicio Oral. Los derechos procesales no se renuncian, se ejercitan o no se ejercitan en los momentos concretos”.

### **B) Posición jurisprudencial.**

#### **1.1. Extensión de la dispensa a las parejas de hecho.**

Conforme pone de relieve ALCALÁ PÉREZ-FLORES<sup>655</sup> han sido numerosos los pronunciamientos judiciales en esta materia aunque no siempre coincidentes, generando en ocasiones notable inseguridad jurídica en un tema de tanta importancia práctica, si bien también es de justicia señalar que aunque en la regulación anterior del artículo 416.1 LECRIM no se mencionaba expresamente a las parejas de hecho, las mismas se entendieron incluidas en el ámbito de aplicación del precepto como resultado de los pronunciamientos judiciales dictados al efecto.

Aunque es una cuestión actualmente superada por la propia dicción literal del vigente artículo 416 LECRIM que hace referencia expresa a “la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, en un primer momento se excluyó a las parejas de hecho de la aplicación de dicho precepto (STS de 21 de Noviembre de 2003) aduciendo a la literalidad de la ley, a que cuando el legislador ha querido equipararlas al matrimonio lo ha hecho expresamente en distintos tipos penales del Código Penal de 1995 (art. 23 -circunstancia mixta de parentesco-, art. 153 -violencia doméstica-, art. 424 -atenuación del cohecho-, arts. 443 y 444 -abusos sexuales de funcionario-, art. 454 -encubrimiento entre parientes-), y a la no previsión de la equiparación en la excusa absoluta de parientes del art. 268 CP.

Esta opción fue posteriormente superada por considerar que la pareja de hecho tiene efectos equiparables al matrimonio (STS de 22 de Febrero de 2007<sup>656</sup>, SSAP de Madrid, sec. 27<sup>a</sup>, de 16 de Enero de 2008, de 19 de Febrero

---

<sup>655</sup> ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: “La dispensa...”, cit., pp. 3 y ss.

<sup>656</sup> Esta resolución señala que “la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos”.



### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

de 2009 y de 18 de Marzo de 2009) y que se han equiparado expresamente sus efectos en los tipos penales vigentes como en la agravante mixta de parentesco (art. 23 CP), en los delitos de violencia doméstica, y de encubrimiento de parientes (art. 454 CP), y que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 1 de Marzo de 2005 fijó expresamente que “a los efectos del artículo 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

Esta última posición fue seguida mayoritariamente por distintas resoluciones como las SSTS de 20 de Febrero de 2008 y de 26 de Marzo de 2009<sup>657</sup>.

Actualmente es clara la equiparación con las uniones de hecho en las que existe convivencia marital con voluntad de permanencia, las dudas surgen con las relaciones de noviazgo o sentimentales no equiparables al matrimonio<sup>658</sup>.

Una parte de la doctrina y la Fiscalía General del Estado en su Circular de 2 de Noviembre de 2011 han entendido que la convivencia es el elemento determinante, por lo que consideran que la dispensa legal no puede extenderse a la situación de noviazgo, al constatar que el legislador en algunos tipos ha equiparado el matrimonio con relaciones estables de análoga relación de afectividad aún sin convivencia (arts. 153, 171, 173 y 148 CP), y en otros como el art. 23 CP (agravante de parentesco) y art. 454 CP (encubrimiento) no ha incluido pudiendo hacerlo la expresión “aún sin convivencia”.

En todo caso habrá que atender al supuesto concreto y debe exigirse una relación con estabilidad y vocación de permanencia (quedando excluidas la relación de amistad pasajera o esporádica y la mera relación de noviazgo o relación sentimental esporádica o no estable análoga), siendo una cuestión de

---

<sup>657</sup> Igual criterio se postula en el II Seminario de formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas del CGPJ que se celebró en Santander, a finales de Octubre de 2005, al considerarse que de no seguirse este criterio supondría privilegiar la institución matrimonial frente a la análoga al matrimonio o pareja de hecho, cuando la mayoría de la leyes, sean mercantiles, civiles o penales, van ampliándose para lograr esa equiparación.

<sup>658</sup> Sobre esta materia vid., ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba ...”, cit., p. 372.

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

prueba el determinar si una pareja que no convive constituye una pareja de hecho con vínculos de afecto y lealtad en la que pueda surgir el conflicto entre el deber de declarar y el deber de solidaridad con el imputado.

En este sentido HERNÁNDEZ GARCÍA<sup>659</sup> señala que la equiparación de las uniones de hecho análogas a las matrimoniales a las relaciones de noviazgo exigiría la participación de las notas de continuidad y de estabilidad, afirmando que la continuidad debe entenderse como “la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido” y la estabilidad “indica o comporta una idea de permanencia en el tiempo”.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio permitiendo que ambos contrayentes sean del mismo sexo, la dispensa alcanza también a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo y a las uniones de hecho análogas<sup>660</sup>.

### **1.2. Sobre el fundamento de la dispensa legal.**

La mayoría de las resoluciones como las SSTs de 22 de Febrero de 2007, de 8 de Abril de 2008, de 8 de Diciembre de 2008 y de 9 de Enero de 2009 consideran que la dispensa tiene como finalidad resolver el conflicto que puede tener el testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el imputado, finalidad válida para el testigo sea o no víctima del delito, de forma que se reconoce a éste el derecho de decidir libremente en ejercicio de su autodeterminación en un sentido u otro.

La STS de 23 de Marzo de 2009 señala que “el legislador no puede imponer a cualquier persona una fidelidad ciega al interés público en el

---

<sup>659</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención ...”, cit., p. 198.

<sup>660</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “En torno a la evolución ...”, cit., p.42.

Sobre la imposibilidad de usar esta dispensa entre personas del mismo sexo en los casos de violencia de género atendidos los sujetos activo/pasivo del tipo penal vid., RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *Juzgado de Violencia ...*, cit., p. 338.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

descubrimiento de los hechos delictivos. Los vínculos familiares pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los hechos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica” - FJ 1-.

En este sentido la STC de 15 de Noviembre de 2010 hace hincapié en el conflicto que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al procesado.

Afirma que “el Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECRIM, los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado” -FJ 6-.

En la misma línea la STEDH de 24 de Noviembre de 1986 (caso Unterpertinger contra Austria) señala que la dispensa del deber de declarar contra parientes no transgrede el artículo 6 CEDH “teniendo en cuenta los problemas particulares que puede plantear la confrontación entre un acusado y un testigo de su propia familia, pues tiende a proteger a este último ahorrándole un problema de conciencia”.

La STS de 26 de Marzo de 2009 entiende que la exención estaría justificada por el principio de no exigibilidad de otra conducta distinta a la de guardar silencio, lo cual justificaría también la exención de responsabilidad penal del encubrimiento entre parientes prevista en el artículo 454 CP<sup>661</sup>, y que la razón de la no exigencia de una

---

<sup>661</sup> El artículo 454 del Código Penal señala:

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451”.

***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

conducta distinta se ha encontrado “según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 CE, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar o asimilado, con invocación del artículo 18 CE” -FJ 3-<sup>662</sup>.

La STS de 28 de Marzo de 2009 llega a afirmar que la dispensa legal tiene mucho que ver con razones pragmáticas ya que el legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias legales del falso testimonio no surten el efecto deseado cuando se trata de familiares, por lo que se trataría “de una fórmula jurídica de escape” de la obligación de colaborar con la justicia, señalando que no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso, ni le otorga capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal, y que en modo alguno otorga el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares.

Por otra parte, las SSTS de 11 de Abril de 1996 y de 17 de Diciembre de 1996 señalan que “el artículo 416.1 LECRIM está concebido para proteger al reo<sup>663</sup> y presunto culpable y no para perjudicarlo”.

De forma distinta, la STS de 5 de Marzo de 2010 señala que el fundamento de la dispensa “no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba”, y la Sentencia de la sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Marzo de 2009 afirma que “la razón de este precepto no es la de proteger al imputado dentro del proceso sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la

---

<sup>662</sup> En los mismos términos se pronuncia la STS de 14 de Mayo de 2010.

<sup>663</sup> En esta línea señala PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria una reforma del artículo 416 LECRIM para luchar contra la violencia de género?”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director HOYOS SANCHO, Valladolid, 2007, pp. 505 y ss., que con esta dispensa se puede estar protegiendo al agresor al posibilitar que sus delitos queden impunes.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

obligación de declarar con verdad y su interés en silenciar la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales o familiares del testigo”, se trata “de un derecho personal del testigo en proceso<sup>664</sup>...”, y no puede interpretarse como una especie de derecho de disposición sobre el proceso penal de la víctima, de lo contrario se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos”, invocando en su apoyo la STS de 25 de Enero de 2008 que señala que no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho penal.

#### **1.3. Exclusión del ámbito de aplicación de la dispensa legal relatada a las personas que además de testigos sean víctimas del delito.**

Conforme se ha expuesto anteriormente, algunas de las argumentaciones vertidas por la doctrina minoritaria que consideraba que una vez la víctima interpone denuncia no puede acogerse a la dispensa legal del artículo 416 LECRIM se apoyaban en un Auto del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 2009 que recogía la mencionada postura, pero la misma no ha tenido continuidad.

La posición jurisprudencial mayoritaria y prácticamente unánime considera que la dispensa legal es aplicable para todos los testigos sin distinción alguna (STS de 22 de Febrero de 2007), y también por tanto al que aparece en el procedimiento penal como denunciante, quién puede usarla en las distintas fases del procedimiento.

No obstante, han existido pronunciamientos que han llegado afirmar que en los casos de denuncia espontánea y para obtener protección personal de la víctima no resultaría aplicable la dispensa, por lo que incluso no se entendía necesaria realizar al testigo la advertencia prevista en el art. 416 LECRIM<sup>665</sup>.

---

<sup>664</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Marzo de 2009.

<sup>665</sup> Esta posición doctrinal parte de la idea de que la dispensa es un derecho renunciabile en beneficio de los testigos pero no para los denunciantes respecto de hechos que han sido víctimas y acuden a la policía buscando su protección.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En este sentido la STS de 23 de Marzo de 2009 afirma que “en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza en la medida en que la presentación de una denuncia advierte claramente su voluntad espontánea de declarar (STS de 8 de Marzo de 2006)” -FJ 1-.

Y según la STS de 12 de Julio de 2007 “cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416 LECRIM que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas”, y “el art. 416.1º LECRIM establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección” -FJ único-.

Llegando a afirmar la SAP de Madrid de 31 de Marzo de 2009, en línea con lo expuesto en esta última resolución judicial del TS que en estos casos no resulta necesaria realizar la advertencia prevista en el art. 416 LECRIM.

En línea con la posición jurisprudencial mayoritaria se encuentra la STS de 10 de Febrero de 2009, que afirma que no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior, ni entraña renuncia a optar por no declarar como testigo en el Juicio Oral.

Y en parecidos términos se pronuncia la STS de 14 de Mayo de 2005.

La misma relata que no cabe discutir el derecho del denunciante a ejercer esa dispensa, que la propia ley le otorga, cuando de él dispuso, sustituyendo la libre disposición voluntaria de una persona mayor de edad y capaz, por criterios de orientación tuitiva cuando no impropriamente paternalista en forma de facultad que el Tribunal se atribuye y que tiene a suprimir la libertad del ciudadano en la disposición y ejercicio de un derecho.

---

Esta es la postura seguida en la regulación italiana cuando el artículo 199 de su Código Procesal Penal excluye de la exención legal al testigo denunciante o víctima.

## ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En todo caso, la renuncia ha de ser expresa, recordando el Tribunal Supremo que ha de ser concluyentemente expresada, incluso en los supuestos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS de 6 de Abril de 2001).

### **1.4. Sobre la posición de la víctima que ostente también la condición de imputada.**

Puede darse el caso que la víctima que tenga con el acusado alguna de las relaciones previstas en el artículo 416 LECRIM ostente también la condición de imputada<sup>666</sup>, en cuyo caso goza por esta última condición del derecho más amplio a guardar silencio conforme a los artículos 118 y 520.2 a) y b) LECRIM.

El artículo 118.1 LECRIM señala:

“Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento...”<sup>667</sup>.

El artículo 520.2 LECRIM estipula:

“Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

---

<sup>666</sup> El término imputada es sustituido por el de investigada o encausada tras la LO 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

<sup>667</sup> Redacción otorgada por la LO 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la LECRIM.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable...<sup>668</sup>.

Resulta evidente que habrá que distinguir entre la declaración efectuada por la víctima en su condición de imputada<sup>669</sup> y la efectuada en su condición de testigo, de manera que en este último supuesto deberá ser informada del contenido del artículo 416 LECRIM.

La STS de 8 de Diciembre de 2008 afirma que la tesis según la cual el testigo que fue condenado por el mismo hecho en otro proceso no debe de ser instruido de su derecho en los términos del artículo 416 LECRIM no es compartida por esta Sala, por lo que si sólo se le instruyó del derecho del artículo 520. 2 a) LECRIM se ha incumplido con el deber de informarle de la dispensa del artículo 416 LECRIM.

---

<sup>668</sup> Redacción otorgada por la LO 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la LECRIM.

<sup>669</sup> La Jurisprudencia ha entendido que en los casos en que el acusado se acoge a su derecho a guardar silencio en el Plenario habiendo declarado en instrucción, dicha declaración sumarial se puede valorar como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del mismo si se incorpora adecuadamente a la Vista, en condiciones de que la defensa la someta a contradicción, dando lectura de la misma conforme al artículo 714 LECRIM y posibilitando al acusado la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo entonces declarado (SSTS 9 de Octubre de 2006, 11 de Enero, 29 de Enero y 28 de Octubre de 2008, y 20 de Enero de 2009), de manera que el acusado pueda en el acto del Juicio hacer las declaraciones o precisiones que considere o seguir guardando silencio.

Por tanto, la declaración del imputado autoinculpándose realizada en fase de instrucción, en presencia de su Letrado y tras la lectura de sus derechos como imputado puede servir de prueba de cargo contra el mismo si en el acto del Juicio se niega a declarar y se procede a dar lectura de su declaración sumarial dándole la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo declarado en su día (SAP de Zamora de 8 de Noviembre de 2011).

La STS de 29 de Enero de 2008 afirma que “el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECRIM, dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones incriminatorias (STS 20/9/2000), y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECRIM, unir testimonio de las anteriores manifestaciones incriminatorias a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras” -FJ 5-.

Sobre esta materia vid., CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género...*, cit., pp. 328 y ss.



### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

De manera que el testigo ya condenado o no en otro proceso que declara sobre circunstancias que afectan a la posible responsabilidad de su pariente está amparado por esta dispensa, añadiendo que el texto del artículo 714 LECRIM no autoriza a recurrir a declaraciones documentadas en las actas de otro proceso en el caso en el que el declarante se niegue a declarar, cuando no se le haya informado de la dispensa del artículo 416 de la misma ley.

La STS de 18 de Diciembre de 2008 declara la nulidad de la declaración de un menor prestada en un proceso de menores en el que no se le instruyó de la dispensa legal de no declarar del artículo 416 LECRIM introducida en el Plenario, en el que ostentaba la condición de testigo.

#### **1.5. Sobre cuando debe exigirse el vínculo parental previsto en el artículo 416 LECRIM para justificar la aplicación de esta dispensa legal.**

Como se ha analizado anteriormente y sin perjuicio de encontrarse esta cuestión resuelta en el aludido Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de unificación de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2013, existieron en esta materia, pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, especialmente en las relaciones matrimoniales y more uxorio.

Así en relación a la posibilidad de utilizar la dispensa cuando cesa la relación de pareja:

1) Algunas resoluciones entendían que si en el momento de declarar como testigo ya no existía relación análoga a la conyugal no había posibilidad de utilizar la dispensa legal de no declarar al considerar que la solidaridad que justifica la dispensa desaparecía por el divorcio en el caso de matrimonio, y por el cese efectivo decidido y firme en las parejas de hecho<sup>670</sup>.

---

<sup>670</sup> La Sentencia de la sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Marzo de 2009 señala que el vínculo debe concurrir en el testigo en el momento en que resultare convocado para comparecer a prestar testimonio (SSTS de 22 de Febrero de 2007 y de 10 de Mayo de 2007), en el momento en que concurre al llamamiento judicial para declarar.

### *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

2) Otras distinguían en función del fundamento de la dispensa, de manera que si se atendía únicamente a la idea de solidaridad una vez no existía el vínculo afectivo no podía utilizarse la dispensa, matizando que aunque existiera ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia se debería permitir el uso de la dispensa si la declaración comprometía la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos.

La STS de 26 de Marzo de 2009 considera que no pueden establecerse criterios apriorísticos y que habrá que estar a las circunstancias concretas del caso a la hora de decidir si el testigo, que en el momento de declarar ya no guarda la relación del art. 416 LECRIM con el procesado, puede acogerse o no a la dispensa y será el fundamento de la misma lo que determine la solución (los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado acorde a la protección de las relaciones familiares del art. 39 CE o el derecho a proteger la intimidad en el ámbito familiar o asimilado del art. 18 CE).

Así la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el testigo se acoja a la dispensa si la declaración compromete la intimidad familiar, bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

El Tribunal Constitucional en su Auto 187/2006, de 6 de Junio, señala que no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción

---

La Sentencia de la sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Febrero de 2009 afirma que “la causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración, pues es entonces cuando comparece en el proceso como testigo, surgiendo entonces todas las obligaciones y deberes inherentes a esa condición, siendo entonces cuando debe concurrir la causa de exención de declarar” -FJ 1-.

Dicha sección, especializada en violencia de género, señala en sus Sentencias de 21 de Septiembre y 5 de Octubre de 2006, de 30 de Abril de 2007 y de 19 de Febrero de 2009 que “la dispensa de declarar ampara a quienes siguen manteniendo dicha relación de afectividad, no a quién ha cesado en ella, del mismo modo que ampara a los matrimonios pero no a quién se ha divorciado”.

La STS de 20 de Enero de 2009 señala que “la dispensa sólo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues sólo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado” -FJ 1-.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 8 de Abril de 2008 y de 20 de Enero de 2009.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

regulada en el art. 416 LECRIM y que puede ejercitarse esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado.

En apoyo de esta última posición se afirma, como se ha indicado anteriormente, que carece de sentido atender al tiempo de los hechos para la aplicación de los tipos penales o para eximir de responsabilidad penal por encubrimiento al pariente y que para acogerse a la dispensa legal se deba atender al tiempo del proceso<sup>671</sup>.

La mayoría de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Penal entendieron que para acogerse al derecho a no declarar debía existir el vínculo exigible en el momento de prestar tal declaración de forma que si el testigo estaba divorciado o ya no tenía la relación sentimental con el imputado en el momento de declarar no podía acogerse a la dispensa, aunque el TS matizó que también podían acogerse al derecho a no declarar quién estaban ligados por matrimonio o relación sentimental análoga al ocurrir los hechos delictivos y se divorciaron o cesaron la relación sentimental posteriormente antes del momento de declarar.

Esta evolución jurisprudencial ha llevado a extender el fundamento de la dispensa del deber de declarar más allá del vínculo de solidaridad y de familiaridad existente entre los sujetos afectados, incluyendo también como ratio de la misma el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar o asimilado con invocación del artículo 18 de la CE.

En este sentido se pronuncia la STS de 26 de Marzo de 2009 y la STS de 14 de Mayo de 2010 que señalan expresamente que la ruptura del matrimonio o de la afectividad no impide acogerse a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos, lo que suele ser relativamente habitual.

---

<sup>671</sup> Por su parte, el artículo 199 del Código Procesal Italiano admite la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia.

En la regulación francesa se admite la exención de la obligación de prestar juramento del artículo 448 CP aún después de la extinción del vínculo.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Se afirma que si la solidaridad es el único fundamento de la dispensa “nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento”.

#### **1.6. Sobre la validez de las declaraciones prestadas por el testigo en sede policial y en fase de instrucción, cuando el mismo se acoge a su derecho a no declarar en el acto del Juicio Oral vía artículo 707 LECRIM.**

Como se ha expuesto anteriormente y sin perjuicio de que la cuestión se encuentra actualmente resuelta conforme se ha analizado, existieron dos posiciones jurisprudenciales.

1) La posición jurisprudencial inicial que permitía su incorporación al acto del Juicio Oral bien por la vía del artículo 730 LECRIM, o bien por la vía de artículo 714 de dicho Cuerpo Legal.

Las SSAP de Castellón de 13 de Marzo de 2006 y de 17 de Octubre de 2006 admitieron la posibilidad de introducir en la Vista como prueba incriminatoria el testimonio de la esposa o pariente prestado en fase de instrucción cuando no declara voluntariamente en el Juicio a través del artículo 730 LECRIM (al considerar que no puede reproducirse en el Juicio por causa ajena a la voluntad de las partes, pues ha dependido de la voluntad del testigo de no prestarse a su reproducción), siempre que en ese testimonio se hubiera dado advertencia de la dispensa legal del artículo 416 LECRIM, habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio.

Estas resoluciones entienden que la dispensa no está concebida para proteger al reo como ha sostenido algún pronunciamiento jurisprudencial (SSTS de 11 de Abril de 1996 y de 17 de Diciembre de 1997, y SAP de Barcelona, sec. 5ª, de 29 de Abril de 2005) sino para evitar al testigo pariente el doloroso trance de tener que declarar, de forma que se trata de un derecho

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

personal del testigo y sólo a este le corresponde hacer uso, pero el hecho de que no declare en el Juicio no elimina su declaración anterior, que obra en las causas, ni le da derecho a disponer de una declaración ya hecha, no pudiendo evitar que se use como bagaje probatorio (en sentido contrario se pronuncian la SAP de Cáceres de 9 de Mayo de 2005 y la SAP de Sevilla de 17 de Diciembre de 2003), afirmando que de lo contrario se estaría reconociendo veladamente un eventual derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos.

Llegando a afirmar que “no es posible una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un discutible rigor procesal, que bien mirado autoriza o consiente en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art. 11 LOPJ urdido e impuesto precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas posibilidades procesales (art. 714, art. 730 LECRIM) para poder tener en cuenta el testimonio practicado un día en que la víctima se sintió con fuerzas para tratar de poner fin a su situación”, y que “si se reconociera la dispensa legal a declarar de un testigo como un derecho que alcanza a revisar y a inutilizar lo declarado antes, también habría que permitir al denunciante retirar denuncias que pudo no interponer, convirtiéndose en crucial voluntad cambiante en ambos casos en condición semejante al perdón, o lo que es lo mismo la conversión práctica de delitos públicos o semipúblicos en privados”.

Consideran que no permitir la utilización del art. 730 LECRIM “significaría la incoherencia de que si un testigo ex art. 416 LECRIM decide favorecer al reo declarando aún retractándose de lo antes dicho, o simplemente eludiendo el trance de declarar a través de ausentarse o de ponerse en ignorado paradero, sí cabría reproducir en juicio lo declarado antes, mientras que si decide no declarar no podría utilizarse el art. 730 LECRIM cuyo tenor no vemos, que lo impida”, y se hace referencia “al argumento de la posibilidad de lectura en Juicio (ex art. 730 LECRIM) de las declaraciones sumariales del acusado silente en el Plenario<sup>672</sup> (resaltando que

---

<sup>672</sup> Es doctrina jurisprudencial consolidada que el silencio del acusado es valorable cuando las pruebas practicadas reclamen una explicación por su parte, de forma que dicho silencio (ejercitado en cumplimiento de su derecho a no declarar) puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos (SSTS de 29 de Septiembre de 2000, de 27 de Junio de 2002 y de 6 de Junio de 2012; STC de 7 de Julio de 1998; SSTEDH Caso Murray de 8 de Junio de 1996 y caso Condrom de 2 de Mayo de 2000).

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

el derecho del acusado está elevado a la categoría de derecho fundamental, y que le autoriza incluso a mentir; de forma que resultaría un tanto paradójico que no se admitiera tal posibilidad en relación con un testigo por el mero hecho de la existencia de la dispensa legal prevista en el art. 416 LECRIM)".

2) La doctrina jurisprudencial última y unánime que considera que no pueden valorarse dichas declaraciones puesto que implicaría de facto neutralizar la eficacia de la dispensa legal<sup>673</sup>.

La SAP de Cáceres, sección 2ª, de 9 de Mayo de 2005 señala que "constituiría un claro fraude de ley que vaciaría de contenido el derecho del pariente a no declarar recogido en los artículos 416 y 707 LECRIM el que, ante la falta de declaración en el plenario por acogerse a su derecho, acudiéramos a sus declaraciones previas y las tuviéramos como prueba" -FJ 1-.

Este último criterio fue el seguido en las SSTS de 27 de Enero de 2009, de 10 de Febrero de 2009 y de 10 de Diciembre de 2009<sup>674</sup>. Resoluciones que señalan que "la libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio

---

<sup>673</sup> Cuestión distinta es la admisión de la lectura en el Juicio Oral de la declaración sumarial de la víctima que por imposibilidad física no puede acabar la declaración iniciada por la misma, en cuyo caso concurre el presupuesto habilitante del art. 730 LECRIM conforme recoge la STS de 8 de Marzo de 2005 que admitió tal lectura al ser la testigo incapaz de finalizar su declaración testifical en la Vista por el nerviosismo que le provocó la situación de narrar los hechos ante el acusado, tras el informe del médico forense que corroboró la realidad de esa limitación.

<sup>674</sup> En esta línea la SAP de Madrid, sección 27ª, de fecha 30 de Marzo de 2009 señala expresamente que la lectura de las declaraciones sumariales de la testigo que se acoge en el Plenario a la dispensa de los arts. 416.1 y 707 LECRIM que ha venido siendo admitida por este Tribunal en algunas de sus resoluciones, no puede ya admitirse, habida cuenta de la reciente jurisprudencia sentada sobre este particular, y contenida en la STS de 10 de Febrero de 2009 que confirma otra anterior de 27 de Enero de 2009, que señala las razones que impiden valorar la declaración sumarial.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que pueden subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en el Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de optar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que lo que está presente en el fundamento de esta dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado”, por lo que “es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria”<sup>675</sup>.

---

<sup>675</sup> Se afirma en estas Sentencias que “se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical”. Y no está legitimada “la incorporación de la declaración testifical prestada en el Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 LECRIM..., ni por la vía del art. 714 LECRIM ...”.

1) Al entenderse que dicho art. 730 LECRIM (que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral conforme a los principios de inmediación, contradicción y publicidad) “no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción” y que su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral -como los testigos fallecidos o desaparecidos o imposibilitados sobrevenidamente-, de manera que resulte materialmente imposible la reproducción de la declaración testifical en el acto del Juicio, lo que no puede decirse que suceda cuando la no declaración del testigo es la consecuencia del ejercicio de la dispensa legal de no declarar.

Sin que pueda alegarse una especie de “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del referido precepto legal, y sin que pueda entenderse que es una diligencia irreproducible cuando el testigo acude al Juicio Oral y opta por no declarar (Este criterio ya se mantuvo en las SSTS de 26 de Noviembre de 1973, de 17 de Diciembre de 1997, de 28 de Abril y 27 de Noviembre de 2000, y de 12 de Junio de 2001).

2) Tampoco permite el artículo 714 LECRIM la incorporación de la diligencia sumarial al Juicio Oral puesto que el presupuesto de su aplicación es que se produzca una contradicción entre lo declarado por el testigo en fase de instrucción y en el Juicio, de forma que si se acoge a su derecho a no declarar

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

En el mismo sentido se pronuncian la STS de 5 de Marzo de 2010<sup>676</sup> y la STS de 14 de Mayo de 2010<sup>677</sup>.

---

nada dice en el Juicio y “ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el Sumario”.

<sup>676</sup> Esta resolución afirma “que si la víctima es advertida de su derecho a no declarar en el Plenario y lo utiliza, aunque haya formulado denuncia y ratificara la misma ante el Juez de Instrucción, no es posible dar lectura a la declaración sumarial para elevar la declaración al Plenario como en el caso de que se produjeran contradicciones en las declaraciones de los testigos o acusados o de la negativa a declarar por acusados que se autoinculparan en la instrucción” -FJ 3-.

Añadiendo que así se ha declarado por el TS en Sentencias de 17/12/1997 y de 27/11/2000, y por el TC en Sentencias de 11/4/1996 y de 17/12/1997, en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del Juicio.

<sup>677</sup> Esta Sentencia señala que no es admisible la utilización de declaraciones sumariales de quién posteriormente hace uso en el acto del Juicio Oral de la dispensa de los art. 416.1 y 707 LECRIM, ni por la vía del art. 714 LECRIM (necesidad de aclaración de contradicción) ni del art. 730 LECRIM (imposibilidad de reproducción de la prueba) ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica), de carácter excepcional e interpretación restrictiva, que justifique “nada menos que el privar al acusado de la realización de diligencias que le incriminan, en presencia del propio Juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento”.

Aduciendo que “de llegarse a la conclusión contraria, es decir, a la de afirmar la posibilidad de acudir al material sumarial para sustentar el pronunciamiento condenatorio, estaríamos negando a la defensa paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quién en principio abraza el deseo de no incriminar al acusado, la posibilidad del interrogatorio contradictorio, y por ende, impidiéndole disponer de tal opción básica para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia” -FJ 3-.

Y afirma que esto no debe confundirse con los supuestos en los que el acusado es el que ejerce su derecho constitucional a no declarar, pues en ellos como señalan las SSTS de 7 de Julio de 2009 y de 4 de Marzo de 2010 y la STC de 27 de Febrero de 2003 es el mismo declarante al negarse voluntariamente a declarar ante el Tribunal su versión de los hechos, quién justifica con ese actuar, la posibilidad de rescatar, sus declaraciones previamente prestadas en la instrucción con todas las garantías de esa fase procesal, mientras que en el supuesto del acogimiento del testigo a la dispensa del art. 416 LECRIM sería la decisión de un tercero, como la propia denunciante, quién privaría a la defensa de la práctica de una prueba con las necesarias garantías derivadas de la publicidad, oralidad e inmediación ante el Juzgador, permitiendo de



### **C) Toma de postura.**

La no colaboración de la víctima produce una perturbación del sistema<sup>678</sup> que, en todo caso, no debe suponer una falta de respeto a su decisión porque sus motivos pueden ser muy variados, y esto comporta una situación de frustración y de no comprensión por parte de los profesionales que intervienen en el proceso<sup>679</sup>.

Comparto la opinión de la mayoría de la doctrina que considera que debería producirse una reforma de esta materia<sup>680</sup>, dado que el artículo 416 LECRIM ha

---

esta forma que se plantease la posibilidad de traer al acervo probatorio, sin intervención de la voluntad del acusado, material no sometido a tales principios de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

<sup>678</sup> En los mismos términos se pronuncia SOLÉ RAMÓN, A.M.: “La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7353, 2010.

<sup>679</sup> Sobre esta cuestión vid., LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Por qué retiran ...”, cit.

<sup>680</sup> Ya en el Informe de 20 de Abril de 2006 del Grupo de Expertos en violencia de género del CGPJ sobre los problemas detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, se refleja que “para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el artículo 416 LECRIM que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto”.

Propuesta que se mantiene en el Informe de 11 de Enero de 2011 realizado también por dicho Grupo que lleva por rúbrica “Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, pp. 23 y ss.

Sobre la necesidad de la reforma vid., PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria una reforma...”, cit., pp. 505 y ss.; MOLINA GIMENO, F.J.: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6818, 2007, quién sostiene que “la reforma de los artículos 416 y 418 LECRIM precisa distinguir claramente en que delitos determinados no procederá la dispensa y sería recomendable que en los delitos menos graves o aquellos en los que el bien jurídico protegido no sea estrictamente personal se debería establecer un régimen semipúblico en el uso de la dispensa análogo a

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

permanecido inalterable y relegado por numerosas reformas que pudieron suprimir arcaicas acepciones y adaptar el texto a la normativa vigente<sup>681</sup>, y en tal sentido parece lógico pensar que de lege ferenda debiera distinguirse según los testigos parientes fueran o no víctimas de los hechos delictivos, con independencia de que hubieran formulado denuncia o no, para evitar la impunidad de estas graves conductas, de manera que las víctimas de la violencia de género<sup>682</sup> no tuvieran la facultad de abstenerse del deber de declarar<sup>683</sup>.

Aunque es cierto que en este último supuesto se podría afirmar que se les privaría de su libertad de decidir si quieren mantener sus vínculos familiares, y se podrían ver abocadas a cometer delitos de obstrucción a la justicia, falso testimonio, o

---

los precitados contra la libertad sexual ... una vez informada de la misma en sede policial, si la víctima opta por declarar, luego ya no pueda acogerse a una dispensa a la que renunció”.

Sobre las alternativas existentes a la modificación del artículo 416 LECRIM vid., CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECRIM a debate”, *La respuesta penal a la violencia de género, Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coords. RAMOS VÁZQUEZ y SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010, pp. 356 y ss.

<sup>681</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECRIM)”, *Diario La Ley*, nº 7301 y 7302, 2009.

<sup>682</sup> Sobre el papel de la víctima para iniciar o continuar el proceso penal contra el autor de la agresión vid., CATALINA BENAVENTE, M.A.: “¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?”, *La respuesta penal a la violencia de género, Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coords. RAMOS VÁZQUEZ y SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010, pp. 279 y ss.

<sup>683</sup> Y ello por cuanto la negativa de las víctimas a continuar con procedimientos iniciados por las mismas ha constituido siempre un grave problema en la lucha de la Administración de Justicia contra la violencia de género conforme se puso de relieve en el Informe del CGPJ sobre la actividad de los Órganos Judiciales durante el primer semestre del 2004 cuando afirma que “el fenómeno de la renuncia a la continuación del proceso es bien conocido en este tipo de asuntos y pone de manifiesto la existencia de lazos afectivos y de dependencia emocional y económica que tienen repercusión en el tratamiento de las conductas”.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

desobediencia lo que podría suponer un nuevo factor de victimización con la consecuencia perversa de producir una indeseable criminalización de las propias víctimas<sup>684</sup>, pudiendo resultar una situación engañosa ya que puede generar mayores problemas de los que trata de solucionar, y en muchas ocasiones la víctima puede verse forzada a faltar a la verdad en su declaración<sup>685</sup>.

Daños colaterales que habrá que empezar a pensar si se pueden mitigar<sup>686</sup>, por ejemplo, exonerando a la víctima de la posibilidad de ser perseguida por un delito de falso testimonio cuando declare a favor del acusado<sup>687</sup>, o, en su caso, si son asumibles

---

<sup>684</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba en ...”, cit., p. 377.

<sup>685</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal ...”, cit., p. 8.

Otros autores son partidarios en vez de suprimir la dispensa por optar por una solución como la del CPP francés relatada anteriormente de forma que los parientes quedaran únicamente exentos del deber de prestar juramento (MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba...”, cit., 460).

Opción también mantenida en las conclusiones del Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” celebrado en Madrid los días 18-20 de Octubre de 2010 en el seno de las actividades de formación del CGPJ entre jueces de este tipo de órganos judiciales en las que se opta por excluir a la víctima de la posibilidad de ser perseguida por un delito de falso testimonio.

<sup>686</sup> Posición contraria es la mantenida por quienes entienden que “una cosa es asumir que el sistema de justicia penal debe intervenir en estos casos y otra muy diferente el entender que debe hacerlo desde una perspectiva autoritaria que niegue a las mujeres maltratadas su posibilidad de elección o autodeterminación” (CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea ...”, cit., p. 88).

<sup>687</sup> Se ha mantenido que la declaración falsaria en beneficio del pariente acusado siempre podría considerarse como un encubrimiento, impune según el vigente artículo 454 del Código Penal, que declara exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quién se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados. Con todo lo anterior sólo sería posible que los parientes citados en este artículo incurrieran en delito de falso testimonio si declararan falsamente en contra del imputado, no en los demás casos (VIEIRA MORANTE, F.J.: “El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código Penal de 1995 e influencia de la ley del tribunal del jurado”, *Delitos contra la Administración de Justicia*, CGPJ, 1997).

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

para garantizar el éxito de la lucha<sup>688</sup> contra esta grave lacra social, atendiendo que la regulación actual de la dispensa legal está favoreciendo de facto, un fenómeno de desactivación del sistema penal contra la violencia en el ámbito familiar. Ello es así a la vista del elevado número de absoluciones que se producen por la falta de declaración de la perjudicada, sin que esto suponga optar por una visión paternalista de la mujer<sup>689</sup>, sino otorgar mayor prevalencia al carácter público y no privado de este tipo de delitos, y evitando situaciones de impunidad inaceptables que se producen por el cambio de postura de la víctima en el proceso<sup>690</sup>, dado que en este tipo de delitos no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho penal (artículo 106 LECRIM<sup>691</sup>).

---

<sup>688</sup> Conforme se desprende de la Circular FGE 6/2011, de 2 de Noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, una de las preocupaciones constantes de la Fiscalía General del Estado ha sido la de reprimir con ejemplaridad todo acto de maltrato que afecte a las personas que estén en situación de mayor vulnerabilidad.

En línea con lo que ya señalaba la Circular FGE 1/1998, de 24 de Octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar cuando instaba a los fiscales “a que suplan, incluso, sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas que pudieran presentarse por variadas circunstancias de índole cultural, económica o social, que, aún explicables en el orden humano, no han de ser atendibles jurídicamente cuando se trata de la comisión de delitos de indudable naturaleza pública, cuya persecución el legislador ha querido dejar en manos del Ministerio Fiscal”.

<sup>689</sup> Se ha afirmado que la llamada indiscriminada al aparato penal ha generado un efecto “sobrepotección” hacia sus víctimas que les ha privado del control de sus necesidades y de la autonomía de sus decisiones vitales, “sirva como ejemplo la persecución de oficio de cualquier agresión esporádica en la pareja, la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar las ordenes de alejamiento e incomunicación no deseadas” (MACHADO RUIZ, M.D.: “La perspectiva de género ...”, cit., p. 84).

Sobre esta materia vid., MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es la estrategia penal ...”, cit., p. 27.

<sup>690</sup> El perfil de la víctima es el de una mujer de entre 25 y 40 años (60%), española (68%), con estudios primarios (77%), que trabaja fuera del hogar (62%), que está casada o convive con el agresor cuando le denuncia (60%), que denuncia por primera vez (82%), y que tiene hijos con él (53%).

<sup>691</sup> El artículo 106 LECRIM señala:

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

El Grupo de Expertos del CGPJ en materia de violencia doméstica/género en su Informe del año 2010 proponían la modificación del artículo 416 LECRIM de manera que la dispensa no fuera aplicable a los testigos en los que coincidía la condición de víctima y/o perjudicado, sin obviar la posibilidad de que la víctima optara por mentir para no declarar en contra de su agresor con la previsible consecuencia de la comisión de un delito de falso testimonio. Proponiendo en ese caso, excluir a estos testigos de la posibilidad de ser perseguidos como autores de un delito de falso testimonio.

Postura que fue criticada al considerarse que no sólo se trataba de hacer un Derecho penal a medida sino que se estaba reconociendo que el obligar a la víctima a declarar no iba a servir para condenar al agresor, en cuanto ella mentirá, por lo que poco se avanzaba en la persecución de estos delitos<sup>692</sup>.

No obstante lo dicho, mientras dicha reforma no se produzca<sup>693</sup> considero que debe atenderse al tenor literal del artículo 416 LECRIM para determinar los concretos parientes amparados por dicho precepto y evitar de esta forma la extensión de la dispensa a supuestos no previstos en la ley, con la finalidad última de lograr descubrir la verdad material de los hechos denunciados al tratarse de delitos perseguibles de oficio y de otorgar la máxima protección a las víctimas de la violencia de género.

Parece sensato entender que una vez presentada una denuncia por la testigo víctima tras ser informada de su derecho de no declarar debería implicar, en una futura

---

“La acción penal por delito o falta que de lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan”.

<sup>692</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea ...”, cit., p.120.

<sup>693</sup> El debate sobre la necesidad de la reforma del art. 416 LECRIM sigue actualmente vigente como se refleja en la edición digital del periódico El País de 7 de Octubre de 2015, en la que se recoge la noticia de que la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer estudia pedir al Gobierno que se modifique este precepto.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

regulación de esta materia<sup>694</sup>, una renuncia al posterior ejercicio de la dispensa al tratarse el delito del artículo 153 CP de un delito público no disponible por la víctima<sup>695</sup>, de forma que si la misma interpone una denuncia posteriormente tendría vetada la posibilidad de acogerse a tal derecho en el acto del Juicio Oral.

La STS de 12 de Julio de 2007 ya señalaba que “cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1 LECRIM, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculado parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1 establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección” -FD único- .

La Memoria del año 2008 de la Fiscalía General del Estado ya apuntaba a que “sólo queda la posibilidad de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él”.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros en fecha 22 de Julio de 2011 se optaba sin hacer distinción entre el pariente testigo víctima y el no víctima, por

---

<sup>694</sup> Sobre esta materia vid., CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÁS GÓMEZ, F.: “Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 20, 2008, pp. 37 y ss.

<sup>695</sup> De igual forma que en el delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar del artículo 468 CP el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad de estas conductas, conforme señala el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 25 de Noviembre de 2008.

En relación a este último delito, la STS de 29 de Enero de 2009, corrigiendo su anterior criterio establecido en la STS de 26 de Septiembre de 2005 y siguiendo el referido Acuerdo, señala que el consentimiento de la esposa en los casos de medida cautelar o pena contra el marido consistente en prohibición de acercamiento resulta irrelevante en base a la idea clave de la irrelevancia en Derecho penal del perdón de la persona ofendida, que sólo tiene su excepción en los llamados delitos privados.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

establecer que si durante el procedimiento iniciado el testigo declara contra su pariente después de haber sido informado de su derecho a no hacerlo, se entiende que renuncia al mismo (artículo 570 n° 2).

De esta forma el derecho a no declarar sólo se ejercía una vez, y si renuncia a él el pariente estaría obligado como cualquier testigo a declarar verazmente, señalando el artículo 576 de dicho Anteproyecto que “cuando el testigo se niegue a declarar o a contestar alguna pregunta sin estar comprendido en las exenciones previstas en esta ley, se deducirá testimonio por el delito de desobediencia grave a la autoridad”.

Con la regulación actual entiendo que en el caso de utilizarse la dispensa en el acto del Juicio Oral no resulta procedente dar valor probatorio a las declaraciones inculpativas prestadas por la víctima en fase de instrucción, a presencia judicial y con la debida contradicción, otorgándole valor de prueba anticipada<sup>696</sup> o prueba preconstituida<sup>697</sup> conforme a la regulación de estas figuras en la LECRIM<sup>698</sup>, al no estar previstas las mismas para tal supuesto.

---

<sup>696</sup> El artículo 657.3 LECRIM establece:

“Podrán pedir las partes (en sus escritos provisionales de calificación) que se practiquen aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieren motivar su suspensión”.

Prueba anticipada que se practica ante el Juez sentenciador.

<sup>697</sup> El artículo 448 LECRIM establece:

“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446 (obligación de comparecer ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello y de comunicar los cambios de domicilio), la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

## *Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

---

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Prueba preconstituida que se practica ante el Juez de instrucción.

El artículo 777.2 LECRIM señala:

“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el Juicio Oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730”.

Precepto este último que prevé la posibilidad de leerse a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el Sumario que por causas independientes de la voluntad de aquellas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

<sup>698</sup> Esta opción apuntada en su día en el I Informe anual del Observatorio estatal de la violencia contra la mujer (CGPJ) dejaría sin contenido el derecho de dispensa, y ello sin perjuicio de que en la mayoría de los casos no concurrirían los requisitos legales que justifican la utilización de dichas figuras excepcionales, previstas únicamente para los supuestos de imposibilidad de reproducción en la Vista de las diligencias sumariales, puesto que la práctica de la prueba debe realizarse en la fase del Juicio Oral conforme a los principios de inmediatez, contradicción y oralidad.

Así algunos autores han interesado que se reforme el artículo 730 LECRIM para que se puedan leer las declaraciones sumariales articulando la declaración de la víctima en la violencia de género como prueba preconstituida, lo que implicaría también la reforma del artículo 777.2 LECRIM para incluir la violencia de género en las posibilidades de uso de la prueba preconstituida.

Sobre esta materia vid., DÍAZ CABIALE, J.A.: “La admisión y práctica de la prueba en el Proceso penal”, *Cuadernos del CGPJ*, Premio “Poder Judicial” 1992, Madrid, 1991, pp. 181 y ss.



### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Estas figuras pensadas para los supuestos excepciones en que se permite la ausencia del testigo en la Vista<sup>699</sup> están reguladas para los casos en que en el momento del Juicio Oral los testigos se encuentren en paradero desconocido, sea imposible o muy difícil su localización o se trate de extranjeros que anuncian con carácter previo al señalamiento que tienen intención de irse a su país y no podrán comparecer en el Plenario.

Aunque algún autor<sup>700</sup> se ha mostrado partidario de reformar el artículo 777 LECRIM para dar una solución al problema del uso del artículo 416 LECRIM por la víctima en el Juicio Oral, posibilitando la práctica de la prueba preconstituida en los supuestos de las declaraciones de las víctimas de la violencia de género, de manera que según alegan, se evitaría la victimización secundaria al no tener las víctimas que revivir los hechos y enfrentarse en un Juicio a su agresor, y se podría valorar la declaración inicial de la víctima conforme el artículo 730 LECRIM (lectura de la declaración sumarial), lo cierto es que dicha lectura sería discutible como ponen de relieve diversos pronunciamientos judiciales.

En este sentido, la STS de 14 de Mayo de 2010 afirma que “semejante sacrificio de los derechos procesales del acusado no resultarían, en ningún caso, aceptables en el procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, salvo en aquellos supuestos verdaderamente excepcionales y plenamente justificados, de verdadera imposibilidad fáctica de la práctica en el Juicio de la prueba” -FJ 3-.

---

<sup>699</sup> Es doctrina jurisprudencial consolidada que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el Juicio Oral conforme a los principios de publicidad, concentración, contradicción e inmediación (STC 31/1981 y SSTS 16 de Noviembre de 2004, 15 de Febrero de 2005 y 28 de Septiembre de 2005).

Dicha regla general no tiene carácter absoluto y permite excepciones como son la prueba preconstituida y la anticipada de forma que se admite eficacia probatoria a actuaciones no practicadas en la Vista cuando resulte imposible su reproducción en la misma (SSTC 62/85, 200/96 y 40/97).

<sup>700</sup> Entre otros, MAGRO SERVET, V.: “Negativa de las víctimas a declarar contra sus agresores”, Sepin, 2009.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

La STS de 30 de Abril de 2008 señala que es esencial en nuestro modelo constitucional el examen de la prueba practicada en régimen de contradicción efectuada en el Plenario y sólo en circunstancias excepcionales (como la imposibilidad objetiva de la presencia de los testigos) se legitima el recurso a la lectura del artículo 730 LECRIM de declaraciones producidas en instrucción.

Comparto la opinión de PELAYO LAVÍN<sup>701</sup> que advierte que “una mujer maltratada tarda una media de ocho años en denunciar a su pareja, y una vez que ha reunido las fuerzas suficientes para hacerlo, lo primero que oye por parte de la policía y del juez es que tiene derecho a no declarar contra su cónyuge, lo que produce una sensación de desconcierto<sup>702</sup>, planteándose si esta bien lo que ha hecho. Y resulta evidente que no podemos permitir que el sistema judicial haga dudar a las víctimas que denuncian de si han tomado o no la decisión acertada”.

Como señala la STS de 20 de Enero de 2009, el artículo 416 LECRIM en realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado, al que le une el vínculo familiar, pero si decide declarar tiene la obligación de decir la verdad, y no esta autorizado a mentir a favor del procesado.

La víctima tiene el deber de comparecer ante el Juez de instrucción o al acto del Juicio al ser citada al efecto, y suele ser frecuente su incomparecencia a los llamamientos judiciales o su inasistencia al Juicio originando suspensiones y dilaciones de la causa, lo que es preocupante en los casos en los que el encausado se encuentra en situación de prisión provisional o se han adoptado otras medidas cautelares limitativas de sus derechos fundamentales, y sin que deba entenderse que su incomparecencia refleje su intención implícita de no declarar en las actuaciones.

---

<sup>701</sup> PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria...”, cit., p. 510.

<sup>702</sup> Por esta razón la STS de 28 de Enero de 2009 mantiene que por la propia razón de ser de la fundamentación de la norma del art. 416 LECRIM resulta inútil, siendo innecesario informar a quién acude a las dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente para defender sus intereses contra el mismo, que puede ejercitar una dispensa, que ya ha decidido no utilizar cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a aquel.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

Aunque alguna resolución aislada ha llegado a afirmar que la incomparecencia de un testigo exento del deber de declarar al acto del Juicio Oral cabe interpretarla acreditativa de su voluntad de no declarar a los efectos de evitar suspensiones del Juicio por su incomparecencia (STS de 26 de Noviembre de 1973<sup>703</sup>), se trata de un criterio minoritario no seguido en la práctica diaria de los Tribunales, ya que lo usual es suspender la Vista por su incomparecencia y volver a citar al testigo a Juicio al amparo del artículo 746.3 LECRIM que señala que procederá la suspensión del Juicio Oral cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos<sup>704</sup>.

Su incomparecencia implica la aplicación de lo establecido en el artículo 420 LECRIM, pudiendo incluso ser conducida a presencia judicial por la policía, conducción que como señala la STC 98/86 se identifica con su detención<sup>705</sup>.

El artículo 420 LECRIM establece que:

“El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en

---

<sup>703</sup> El artículo 416 LECRIM excusa de la obligación de declarar pero no exime de la obligación de comparecer a presencia judicial, aunque esta resolución judicial llega a mantener que la segunda incomparecencia de la testigo (el Juicio ya había sido una vez suspendido por no haber comparecido) demuestra su tácita negativa a declarar en el acto del Juicio Oral, ya fuera instruida o no de su derecho a hacerlo.

<sup>704</sup> La víctima tiene que declarar en el Plenario dada su condición de testigo de cargo debiendo agotarse las posibilidades de su busca porque en caso contrario podría implicar una nulidad de actuaciones.

<sup>705</sup> Sobre esta materia vid., GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.

### ***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta”.

En todo caso, no debe olvidarse que el artículo 416 LECRIM no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, “ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso” ni una “extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal”<sup>706</sup>, ni se puede relacionar esta facultad con un pretendido perdón del ofendido que no cabe al tratarse de delitos públicos perseguibles de oficio<sup>707</sup>, corriéndose el riesgo, de que este recurso procesal termine convirtiéndose en algunos casos en un nuevo instrumento de dominación al servicio del violento cuando la testigo es la víctima de los hechos<sup>708</sup>.

Tampoco debe olvidarse como señala el Tribunal Supremo, la situación límite de riesgo que para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito, y que dicho riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quién inició el proceso, mediante denuncia o querrela<sup>709</sup>, haciéndose más acentuado aún si ejerce la

---

<sup>706</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 23 de Marzo de 2009.

<sup>707</sup> El mutismo de la víctima no puede erigirse como un obstáculo insalvable para conocer la realidad, y al igual que la dicción de las palabras, el silencio también desentraña un mensaje (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal ...” cit.).

En parecidos términos la STS de 21 de Julio de 2008 señala que “no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho penal. El Derecho penal no es disponible por la víctima”, ya que el artículo 106.1 LECRIM estipula que “la acción penal por delito o falta que de lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida”.

<sup>708</sup> En estos términos también se pronuncia CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea ...”, cit., p. 97, quién pone de relieve que en ocasiones la víctima después de haber puesto en marcha el proceso penal puede utilizar la dispensa como forma de huir del proceso y evitar que su agresor sea castigado por su ilegítima acción.

<sup>709</sup> La STS de 22 de Marzo de 1994 ya mostraba sus recelos a la declaración de la víctima de un delito, calificando a esta como un testigo con un “status especial”, incidiendo en que su declaración no

***Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.***

acusación pues en tal caso se constituye en única prueba de cargo de la acusación el propio acusador, ya que basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el Juicio para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quién demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quién le acusa (STS de 29 de Diciembre de 1997).

E incluso todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo en los casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna fuera de las propias manifestaciones de quién efectúa la acusación, llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario (STS 23 de Marzo de 1999, SAP Castellón, sec. 2ª, de 9 de Diciembre de 2013).

Se ha llegado a afirmar que una posible solución a las retractaciones y contradicciones en las declaraciones vertidas en el Juicio Oral por la víctima de violencia de género pasaría por “reducir el número de las declaraciones a realizar por la misma, por llevarlas a cabo bajo la dirección de algún experto en ciencias de salud, y por conceder a la declaración realizada en la fase de instrucción el carácter de prueba

---

puede encuadrarse en el concepto genuino de prueba testifical, puesto que puede constituirse en parte acusadora, lo que excluye su naturaleza de prueba personal de tercero.

Incluso la STS de 21 de Mayo de 2010 critica que exista cierta tendencia en los delitos que se cometen en la intimidad y sin testigos de otorgar a la declaración de la víctima un plus de credibilidad.

En la misma línea se ha afirmado que “se ha pasado de un extremo a otro. Si hace unos años la palabra de una mujer no era suficiente ni para iniciar una investigación en muchos casos, ahora se ha elevado la palabra de una mujer a verdad, y ello no es posible sin conculcar derechos fundamentales. Hemos llegado al extremo de que si, en la tutela de los derechos del denunciado a su defensa, y en el respeto a su presunción de inocencia, se cuestiona la palabra de la denunciante, y luego ocurre una agresión grave contra esta persona, las acusaciones se dirigen al juez“ (SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 59).

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

preconstituida”<sup>710</sup>, posición que no comparto puesto que si bien es cierto que puede tratarse en el caso concreto de “una víctima especialmente vulnerable”<sup>711</sup>, no entiendo necesario equiparar su situación a la de los menores de edad<sup>712</sup>, lo cual parece deducirse de las medidas propuestas.

Es necesario que la víctima declare en fase de instrucción para garantizar la debida y completa investigación de hechos constitutivos de infracción penal (artículo 299 LECRIM<sup>713</sup>), y que después lo haga en la fase del Juicio Oral al ser en este momento procesal cuando se practican las pruebas pertinentes para formar la convicción

---

<sup>710</sup> En estos términos se pronuncia CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea ...”, cit., p. 97, quién pone de relieve que en ocasiones la víctima después de haber puesto en marcha el proceso penal puede utilizar la dispensa como forma de huir del proceso y evitar que su agresor sea castigado por su ilegítima acción.

<sup>711</sup> El artículo 84 de la Decisión Marco de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal señala:

“Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que estas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho”.

El apartado 3.4 de la Recomendación (2006) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a la víctima de delitos dispone:

“Los Estados se aseguraran de que las víctimas particularmente vulnerables bien por sus características personales o bien por las circunstancias del delito, puedan beneficiarse de medidas especiales acordes con su situación”.

<sup>712</sup> El artículo 433 párrafo tercero LECRIM señala que toda declaración testifical de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal.

<sup>713</sup> El artículo 299 LECRIM dispone:

“Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

*Problemática del art. 416 LECRIM: delito público versus delito privado.*

del Tribunal conforme señala el artículo 741 LECRIM<sup>714</sup>, conforme a los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

Su declaración es necesario que se practique bajo la dirección del Juez para que la misma se lleve a cabo en debida forma conforme a las particulares necesidades del procedimiento penal, como no puede ser de otra manera, ya que la intervención de otros profesionales no jurídicos en la causa penal sólo puede entenderse en una función de colaboración de la actuación judicial bajo las directrices del Juez de instrucción o, en su caso, de enjuiciamiento.

Y como se ha expuesto anteriormente la prueba anticipada y la prueba preconstituida están previstas para los supuestos excepcionales tasados legalmente conforme al principio de legalidad, no pudiendo extenderse dichas figuras para supuestos no previstos en las mismas.

---

<sup>714</sup> El artículo 741 LECRIM señala:

“El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”.





## **CAPÍTULO VII.**

### **LA POSICIÓN DE DOMINIO COMO FUNDAMENTO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL.**

En este apartado se pretende analizar si la posición de dominio del hombre sobre la mujer, como síntoma discriminatorio o degradante, representa un plus de antijuridicidad respecto de las lesiones básicas del artículo 147.2 CP o de los malos tratos básicos del artículo 147.3 CP -antiguas faltas de lesiones/malos tratos del derogado art. 617 CP- o del art. 153.2 CP, justificativo por tanto de la mayor pena asociada en el artículo 153.1 CP a conductas idénticas a las de estos preceptos.

El artículo 147 CP castiga con la pena de multa de uno a tres meses al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que no requiera objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico (apartado segundo), y con la pena de multa de uno a dos meses al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión (apartado tercero). Por su parte, el artículo 153.1 CP castiga idénticas conductas con penas notablemente superiores (prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años). Penas que en el caso del art. 153.2 CP consisten en prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Se trata de determinar si el art. 153.1 CP exige la lesión de la integridad moral de la víctima como elemento de dominación (relación de dominación)<sup>715</sup> para realizar la

---

<sup>715</sup> La violencia de género se presenta como un sistema de dominación y control de la mujer y en este sentido, la Resolución 48/104 de 20 de Diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas señala que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a su dominación y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

tipicidad en su vertiente valorativa, no siendo por tanto de aplicación automática, o si, por el contrario, no la exige y debe ser aplicado de forma automática aunque no se constate su existencia.

Es una cuestión controvertida y no existe una posición unívoca en la doctrina y la jurisprudencia como se examinará posteriormente.

Con carácter previo a entrar a analizar esta cuestión conviene resaltar que es objeto de discusión si se pueden establecer figuras delictivas atendiendo exclusivamente a la circunstancia sexual de la víctima o del autor, prescindiendo de cualquier otro fundamento material que lo acompañe, afirmándose que salvo que encontremos un fundamento material ajeno a la especial vulnerabilidad de la víctima, que explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos, estaríamos ante un Derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer que tendría su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo<sup>716</sup>. A tal efecto podemos distinguir distintas posiciones:

---

violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a su situación de subordinación respecto del hombre.

En la misma línea, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (Pekín) en 1995 identifica la violencia sexista (violence of gender) como una manifestación de las históricas relaciones de poder que existen entre hombres y mujeres que derivan esencialmente de patrones culturales y presiones sociales, sosteniendo que “ la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su pleno desarrollo; la violencia contra las mujeres a lo largo de su ciclo vital tiene su origen en las pautas culturales, la lengua, la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a las mujeres en la familia, en el trabajo y en la sociedad”.

<sup>716</sup> Se afirma que aunque el TC niegue la inferioridad de la mujer respecto del varón no repara el error consistente de no advertir que el art. 153.1 CP consagra la criminalización de partida del género masculino y la victimización del género femenino por lo que al seleccionar el sexo de la víctima y la relación que le une con el agresor parece establecer una presunción iuris et de iure de inferioridad legal de la mujer sobrepasando la perspectiva de la responsabilidad individual propia del ámbito penal (ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal ...”, cit., pp. 120 y ss.).

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

1) Según algunos autores se podría deducir que “la condición de ser hombre en una relación de pareja heterosexual y víctima la mujer no es un elemento típico (de la autoría y de la víctima) sino una condición objetiva de mayor punibilidad basada en consideraciones de política criminal, puesto que parece haberse prescindido de la posición de dominio en la configuración de las relaciones entre el sujeto pasivo y el activo, y únicamente se ha atendido al dato objetivo y exclusivo de la condición de hombre como sujeto activo y de mujer como sujeto pasivo, por lo que podría incurrir también en este delito el hombre que desde una posición de inferioridad respecto de su cónyuge o pareja femenina la golpea, amenaza o coacciona levemente”, pero en todo caso resulta necesario encontrar un criterio que proporcione un fundamento material para atribuir responsabilidad penal por la conducta realizada<sup>717</sup>.

En tal línea argumental se ha sostenido que el fundamento material que explica la limitación de la autoría al sexo masculino reside por una parte, en que al realizar el varón la conducta típica ejerce una posición dominante en su relación de pareja con una mujer y que el abuso de poder en dicha relación es lo que fundamenta **una mayor gravedad del injusto** de estos comportamientos (lo cual no es suficiente pues dicho fundamento material se comparte en todas las figuras delictivas en que se relacionan como víctimas los sujetos del art. 173 CP y también una mujer puede ejercitar una posición de dominio en sus relaciones de pareja), y por otra parte, con base en el artículo 1.1 LO 1/2004 se puede deducir que en la conducta típica realizada por un hombre contra su mujer existe una mayor gravedad de la culpabilidad puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón de sexo con lo que estaríamos ante **un elemento subjetivo de la culpabilidad**, por lo que el citado art. 153.1 CP se fundamentaría en una mayor gravedad del injusto y de la culpabilidad<sup>718</sup>.

---

<sup>717</sup> Posición sostenida por BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTIN, M.A.: “La discriminación positiva...”, cit., p. 5 y “Consideraciones político-criminales...”, cit., p. 28.

<sup>718</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTIN, M.A.: Ob. cit.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Por tanto, ese doble fundamento material (objetivo y subjetivo) del tipo evitaría en los casos de malos tratos recíprocos en una pareja hombre-mujer que se encuentran incluidos en el art. 153 CP, que al hombre se le castigara con mayor pena que a su pareja, puesto que en el ámbito de las relaciones de pareja puede existir una reacción defensiva con un exceso sin que el dato de quién es hombre o mujer proporcione per se la indicación de quién es el maltratador.

2) Otros autores consideran que el art. 153.1 CP no se circunscribe en función de las características del autor del delito sino a partir de una serie de circunstancias asociadas al sujeto pasivo, siendo el sexo de la víctima (mujer) y no del autor lo que juega como dato decisivo para dar sentido a la agravación, no entendiéndola casual que la ley opte por formulas neutras para referirse al sujeto activo del delito, con lo que se pone de manifiesto la finalidad tuitiva de este precepto, fundado en la necesidad de una tutela adicional para la víctima y no en la supuesta “maldad” del autor<sup>719</sup>.

Se argumenta que no se trata de una agravación automática basada en el dato meramente objetivo del sexo del autor y que el fundamento material de la misma reside en **un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación** entre autor y víctima considerando que “en el caso de la mujer, a ese riesgo genérico de sufrir agresiones de la persona con la que se entabla una relación particularmente intensa -sea cual fuere su sexo-, se añade un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el reparto de roles sociales que coloca a las mujeres -como colectivo, como género- en una posición subordinada y dependiente del varón, siendo que el legislador capta esa especial exposición al riesgo y, para prevenir sus efectos, le concede una protección adicional”<sup>720</sup>.

---

Aceptar la concurrencia de estos elementos implícitos en el art. 153.1 CP implica superar las objeciones de constitucionalidad del mismo, dejar de lado las críticas de un Derecho penal de autor y alcanzar una solución más justa que aplicar el precepto de forma automática.

<sup>719</sup> Posición sostenida por LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género...”, cit., pp. 17 y ss.

<sup>720</sup> LAURENZO COPELLO, P.: Ob. cit. y “El modelo de protección reforzada...”, cit., p. 111.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

3) En cambio otros autores sostienen que el artículo 153.1 CP se configura como un delito con **una fundamentación material prácticamente inexistente** en su normativa creadora, que sólo se centra en la necesidad de imponer medidas privativas de libertad y privación en todo caso de la tenencia y porte de armas para el autor, en el que se presume que el agresor es un futuro maltratador por una conducta delictiva que desde el punto de vista del hecho cometido sólo puede calificarse de leve, no valorándose adecuadamente el principio de intervención mínima, ni el principio de proporcionalidad de las penas ni el de culpabilidad del autor en base al hecho cometido<sup>721</sup>.

No obstante resulta evidente que en el Derecho penal debe regir el criterio de igualdad ante la ley y el principio de culpabilidad por el hecho, por lo que no cabe presumir (*iuris et de iure* o *iuris tantum*) la situación de dominación del hombre sobre la mujer o que esta última es inferior al varón<sup>722</sup>.

---

En parecidos términos se pronuncian PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género...”, cit., pp. 333 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Valencia, 2010, p. 193; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 177.

En esta argumentación es irrelevante el motivo que ha desatado el uso de la violencia siendo lo relevante la relación de poder, el reparto de roles sociales favorecedores de las relaciones de dominación del varón y de las estrategias violentas para mantenerlas (GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Dirs. RODRÍGUEZ CALVO/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Coords. GUINARTE CABADA/MUÑOZ BARÚS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 244).

<sup>721</sup> Criterio mantenido por MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional...”, cit., pp. 153 y 154 y por GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004...”, cit., p. 498, afirmando este último que se trata de una agravante sin fundamento material alguno basada en el simple dato biológico de ser varón o mujer.

<sup>722</sup> Posición esta última, como se ha indicado anteriormente, más próxima a la concepción del Derecho penal del enemigo, a un Derecho penal de autor, de sospecha.

Al efecto vid., COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “La discriminación positiva...”, cit., y BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales...”, cit., p. 16.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

4) También se ha sostenido, en mi opinión con acierto, que este tipo penal fundamenta su mayor pena en el hecho de que el grado de injusto es mayor en estas conductas ya que el daño sobre la libertad, seguridad y la integridad de la mujer es mayor y también lo es el grado de culpabilidad, al resultar más reprochable la motivación que inspira al autor de este tipo de violencia, por lo que se atiende **al carácter pluriofensivo del art. 153 CP<sup>723</sup> y al mayor desvalor de la acción** que justifican el incremento del merecimiento de pena<sup>724</sup>.

Pero estas posiciones que pretenden encontrar un fundamento material a la agravación contenida en el art. 153.1 CP pueden implicar el peligro de convertir a la mujeres en un grupo merecedor per se de un superior nivel de tutela penal, de entender que toda agresión del varón a la mujer es muestra de una estructural situación de desigualdad y que el género femenino en todo caso comporta una mayor vulnerabilidad, por lo que debe atenderse al caso concreto<sup>725</sup>.

En todo caso, entiendo que el fundamento de la agravación del art. 153.1 CP no debe buscarse en el particular riesgo de ser agredida la mujer sino en la existencia de una situación de dominio del varón sobre ella conforme a patrones culturales machistas que pretende utilizar este tipo de violencia como instrumento de sumisión de su pareja o expareja femenina<sup>726</sup>, por lo que en consecuencia, resulta imprescindible analizar si

---

<sup>723</sup> Sobre esta cuestión vid., ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo...”, cit., p. 10.

<sup>724</sup> De forma que el tipo penal exige desde el punto de vista subjetivo, que el hombre cometa el delito con la finalidad de dominar o subyugar a su víctima (elemento subjetivo del injusto) y desde el punto de vista objetivo, se requiere la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad (requisito objetivo implícito) y se rechaza que el fundamento de la agravación penal obedezca a razones de discriminación positiva o a la existencia de una debilidad estructural por parte de las mujeres (VILLACAMPA ESTIARTE, E.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 17).

<sup>725</sup> Sobre esta cuestión vid., GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas...”, cit., p. 245.

<sup>726</sup> En la misma línea vid., RUEDA MARTÍN, M.A.: *La violencia sobre la mujer...*, cit., p. 75.

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

existe la intención de dominación del varón sobre la mujer para la debida aplicación del precepto, cuestión esta última objeto de notable controversia.

### **A) Posiciones doctrinales.**

Existen al efecto dos posiciones doctrinales mayoritarias enfrentadas, la que considera que el art. 153.1 CP no contiene un especial elemento subjetivo del injusto y por tanto no es necesario que concurra el elemento intencional que alude el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28-12, y la que pone el acento, como sostengo, en la existencia de una posición de dominio del hombre sobre la mujer, en línea con el citado artículo 1, exigiendo la voluntad del autor de “degradar, subyugar o dominar” a la víctima.

Entre ambas posturas existe una posición intermedia que sostiene que este ánimo de degradar y dominar se presume con la realización de los actos delictivos que ejerce el varón sobre la mujer con ocasión de una relación de pareja, admitiendo esta presunción prueba o no en contrario<sup>727</sup>. De esta forma algunos autores sin exigir un especial ánimo o móvil (elemento subjetivo) se adhieren a la tesis que exige probar una especie de elemento objetivo consistente en que la agresión se haya producido en un contexto de dominación de forma que la acción implique la subyugación de la mujer<sup>728</sup>, e incluso algunos entienden que no se exige un elemento subjetivo especial del injusto sino que sólo se exige que el sujeto activo realice la conducta típica conociendo la concurrencia de las circunstancias que hacen que la situación de hecho pueda ser reconocida como violencia de género<sup>729</sup>.

---

<sup>727</sup> Sobre las distintas posiciones doctrinales vid., TARDÓN OLMOS, M.: “Elementos objetivos y subjetivos, en su caso, en los delitos de violencia de género”, Curso: Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género, CGPJ, Madrid, 2011.

Sobre los inconvenientes y riesgos de cada postura vid., HENAR HERNANDO GARCÍA, R.M.: “El polémico bien jurídico protegido...”, cit., pp. 18 y ss.

<sup>728</sup> Posición sostenida por autores como LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad...”, cit., p. 15 y OLAIZOLA NOGALES, I.: “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXX, 2009, p. 297 y ss.

<sup>729</sup> En este sentido se pronuncia CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género...*, cit., p. 50.

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Y ello sin perjuicio de quienes sostienen que exigir un elemento subjetivo (ánimo de dominación) o un elemento objetivo (situación de dominación) supone inventar un elemento que no existe en el tipo, que se separa de la doctrina del TC, y que crea inseguridad jurídica y desigualdad en la aplicación de la ley<sup>730</sup>, posición que entiendo errónea por los razonamientos que se analizaran posteriormente.

### **A.1. Partidarios de no entender necesaria la intención de dominación.**

Afirman que el artículo 153.1 CP es un tipo objetivo de forma que no resulta preciso que el sujeto activo actúe por motivación de violencia de género, bastando la acreditación de la relación mantenida entre el sujeto activo-pasivo y la realización de la acción delictiva, por lo que prescinden de un elemento subjetivo del injusto más allá del dolo genérico de menoscabar la integridad, al entender suficiente que el sujeto activo tenga presente, siquiera potencialmente, la acción y la relación en que la misma tiene lugar<sup>731</sup>.

---

Ejemplo de esta posición intermedia sería la SAP de Vizcaya, sección 6ª, de 26 de Abril de 2007 que sostiene que la correcta interpretación del artículo 153.1 CP implica que la conducta típica consiste en meros actos de violencia de un hombre sobre una mujer, al ser su bien jurídico protegido la integridad física, y que el art. 153.1 CP opta por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referente a elementos subjetivos o intencionales., por lo que no se exige que tales elementos subjetivos sean objeto de prueba, de forma que estos elementos subjetivos constituyen una presunción iuris et de iure, que se presumen por el mero hecho de que un hombre lesiona, menoscaba psíquicamente, golpea o maltrata aún sin causar lesión a una mujer con la que ha tenido una relación conyugal o similar de afectividad, aun sin convivencia, conducta que por sí sola implica esa posición de poder o de superioridad de él sobre ella -FJ 4-.

En parecidos términos se pronuncia la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 9 de Septiembre de 2007 -FJ 2-.

<sup>730</sup> En este sentido vid., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo...”, cit., p. 7.

<sup>731</sup> Sobre los distintos autores partidarios de esta posición vid., ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., p. 279, nota 32.



### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Consideran que exigir un específico elemento intencional al respecto, que el acto violento venga motivado por tales móviles de violencia de género puede introducir un elemento perturbador, puesto que en ese caso sería necesario para determinar si resulta de aplicación el art. 153.1 CP examinar en cada caso concreto, si la violencia ha sido utilizada como instrumento para mantener la desigualdad, la discriminación y la relación de poder, lo que implicaría abandonar la violencia como hecho objetivo para analizar los motivos concretos que la impulsan<sup>732</sup>.

Defienden que el TC consideró que el art. 153.1 CP no exige ningún elemento subjetivo adicional, ni la mayor o menor corpulencia del agresor, ni la mayor fortaleza de carácter o un temperamento más o menos impulsivo en la víctima y/o agresor, ni que aquella realice o no un acto de violencia defensivo o concurrente con el de su agresor, ni que la agresión se produzca en un determinado contexto de subcultura machista.

En esta línea se argumenta que el Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Junio de 2004 al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres ya señalaba que no era fácil determinar cuando la violencia sirve de instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder, ni es posible, en la mayor parte de los casos, aislar esta finalidad objetiva de la finalidad subjetiva que persigue el autor de la violencia y determina su acción, y que esa referencia instrumental podría incluirse en la Exposición de Motivos para justificar la ley pero no servía para acotar el supuesto de hecho que regula, ya que la violencia debe examinarse como un hecho objetivo, como un resultado, al margen de las razones que lleven a cada caso a utilizarla.

---

<sup>732</sup> Con carácter general la STS 525/2010, de 1 de Junio, afirma que “la intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, precisado de prueba (...) cuya existencia, salvo en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias sea creíble, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados” -FJ 1-.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

A este planteamiento se le podría criticar que mantener al margen este elemento intencional parece contradictorio con la finalidad de la norma cuyo objetivo es la protección contra la violencia de género y es precisamente tal violencia de género lo que justifica el mayor reproche penal de ciertas agresiones del hombre sobre la mujer, y aunque se ha afirmado que la solución puede venir por entender que el legislador presume que existe violencia de género en toda violencia ejercida por el varón contra quién sea o haya sido su esposa o contra la mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, de manera que sólo se excluiría ese elemento intencional del sujeto activo si hubiera prueba en contrario esta solución propuesta, entiendo que no resulta en modo alguno aceptable conforme a los parámetros de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho y con las reglas generales de la carga de la prueba en el proceso penal.

Los argumentos esgrimidos en apoyo de la posición de no ser necesaria la intención de dominación<sup>733</sup> son:

1) La Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28-12, se limita únicamente a recalcar en su párrafo primero que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y que “se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, y que esta ley “introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quién sea o haya sido la esposa del autor, o mujer

---

<sup>733</sup> Al efecto vid., la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género publicada por el CGPJ en 2008, actualizada a 2013, pp. 42 y ss., que ha sido elaborada por el Grupo de Expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ; SÁNCHEZ YLLERA, I.: “El maltrato no habitual en pareja agravado por razón de género”, *Unificación de criterios entra Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en violencia sobre la mujer, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 12, CGPJ, Madrid, 2012; SÁNCHEZ SISCART, J.M.: “El elemento finalístico en el delito de maltrato del art. 153 CP en relación con el art. 1 de la Ley de Violencia de Género”, *Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 49, CGPJ, Madrid, 2008.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

2) El art. 1 LO 1/2004, de 28-12, se limita también a expresar la finalidad de esta norma, que es la de actuar contra un tipo específico de violencia, que se produce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, por lo que este precepto se trataría de una mera declaración de principios con un contenido programático, y que como señala la Circular de la FGE 4/2005 consiste en “una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales”.

3) Es el legislador quién ha establecido con libertad de criterio, en su ámbito competencial, los supuestos concretos que considera que la violencia ejercida por el varón es manifestación de esa discriminación, y a tal efecto la LO1/2004 ha introducido preceptos penales específicos para luchar contra este tipo de violencia (entre los que se encuentra el art. 153.1 CP), por lo que se trataría de una decisión legislativa que utiliza la perspectiva de género para justificar el trato diferente de forma que el tipo penal no contiene elemento normativo alguno, ni exige que la acción típica responda a una finalidad específica, al ser el legislador quién ha renunciado a plasmarlo en la descripción típica.

4) La voluntad del legislador de castigar con mayor pena las conductas relatadas en el art. 153.1 CP en relación a las mismas conductas cometidas entre otros miembros de la familia (art. 153.2 CP) o entre extraños (art. 147 CP) se basa en el hecho de revelar las mismas en si mismas un mayor desvalor, por lo que es innecesario indagar si representan o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder, y ello por cuanto el art. 2 g) de la LO 1/2004 establece como uno de los principios rectores de esta ley el “fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género”.

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

5) El tenor literal del art. 153.1 CP es meridianamente claro y no exige ningún elemento subjetivo del injusto conforme una interpretación gramatical del mismo, que es el primer criterio de aplicación e interpretación de las normas conforme fija el art. 3.1 CC<sup>734</sup>, de forma que no contiene ninguna referencia a que la acción del sujeto activo este dirigida por un ánimo particular de dominación de la víctima.

6) A la vista de la evolución legislativa de este precepto en ningún momento se ha exigido dicho elemento intencional, y así la LO 3/1989, de 21-6, que introdujo por primera vez un precepto específico para luchar contra la violencia intrafamiliar, el art. 425 CP, prescindió de exigir cualquier elemento intencional más allá de un dolo genérico, y la posterior redacción del art. 153 CP producida por la LO 11/2003, de 29-9, tampoco exigió ningún elemento de dominación en el tipo, elevando a la categoría de delito el maltrato sobre el cónyuge así como sobre otros parientes en el ámbito familiar<sup>735</sup>, introduciendo la LO 1/2004 en el ámbito penal la perspectiva de género, lo cual ha sido el motivo de la reacción jurisprudencial que examinaremos posteriormente<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> El artículo 3.1 CC señala que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

<sup>735</sup> La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29-9, señala que “los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se han incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido”.

<sup>736</sup> En este sentido, la doctrina señala que han sido variados los intentos realizados para justificar esta perspectiva de género que introduce la LO 1/2004, desde quienes sostienen que se impone un mayor castigo a los ataques que los hombres realizan sobre las mujeres por razones o motivos discriminatorios, lo que determina la concurrencia de un mayor desvalor de la culpabilidad (BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva...”, cit., pp. 6 y ss.) hasta aquellos que fundamentan el mayor castigo en la existencia de un mayor desvalor de resultado en atención al bien jurídico protegido (RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 115 y ss.) o en el mayor desvalor de acción derivado de un abuso de poder (QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, nº 6420, 2006, pp. 5 y ss.).

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

7) Del contenido de los trabajos parlamentarios que precedieron al vigente art. 153.1 CP se constata sin género de dudas que la omisión por el legislador en el tipo penal de ese elemento intencional fue intencionada, por lo que exigirlo vaciaría de contenido las reformas de los años 2003 y 2004 al no proteger debidamente a la mujer e implicaría un paso hacia atrás en la protección de la misma.

8) Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el Título de las lesiones y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (integridad física) tampoco existe motivo alguno para exigir dicho ánimo dominación como un elemento del tipo.

9) La STC 59/2008, de 14 de Mayo, declara la constitucionalidad del art. 153 CP en la forma en la que está redactado y por tanto, no exige ningún elemento subjetivo adicional puesto que de haberlo exigido lo hubiera dicho expresamente, razón por la que en el voto particular de Rodríguez-Zapata Pérez se pone de relieve que el elemento finalista del art. 1 LO 1/2004 no se ha incorporado al texto del art. 153.1 CP y que el precepto “aplicado en sus propios términos sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o se maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha agresión”, de forma que no es el juez quién debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta sino que es el legislador quién lo ha hecho ya.

10) Dicha adecuación constitucional de la opción elegida por el legislador vincula a los tribunales de justicia (art. 5.1 LOPJ<sup>737</sup>), sin que estos últimos puedan exigir elementos del tipo que no están previstos en la norma (principio de taxatividad).

11) La Circular de la FGE 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la LO 1/2004 señala en su página 20 que “la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce

---

<sup>737</sup> El artículo 5.1 LOPJ señala que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor”<sup>738</sup>.

12) Conforme a los principios de tipicidad y taxatividad de los tipos penales, la dominación masculina no ha de ser probada en cada caso porque es una realidad social que afecta al colectivo femenino y se manifiesta en cada acto singular de violencia, es una pauta cultural ya existente que las conductas individuales sólo pueden reforzar o reducir, por lo que el art. 153.1 CP protege a la mujer ante un tipo de violencia -la acaecida en la relación de pareja o con ocasión de esta- que por sus características, la coloca en una peor posición, con grave riesgo para su integridad física y psíquica.

13) Toda violencia sobre las mujeres en el contexto de la relación afectiva de pareja tiene un componente de dominación<sup>739</sup> porque toda violencia interpersonal implica uso de la fuerza para la imposición de la posición del agresor, implica un mayor desvalor que justifica una respuesta penal agravada y este tipo de violencia coadyuva objetivamente a mantener la dominación masculina, por lo que no es necesario ningún elemento intencional específico para justificar el agravamiento de la respuesta penal.

14) Exigir un elemento intencional para aplicar el art. 153.1 CP, cuya ausencia determinaría la aplicación del tipo básico del art. 147.2 y .3 CP, implicaría una

---

<sup>738</sup> Esta Circular de la FGE entiende que el tránsito del Anteproyecto al texto definitivo supuso el abandono del elemento subjetivo y su sustitución por uno objetivo implícito cuya existencia se presume, y al efecto afirma que “recuérdese que en el Proyecto de Ley se eliminaron todas aquellas referencias a la intención finalista del agresor que aparecían en la redacción originaria del Anteproyecto, y que resultaron tan discutidas en algunos de los preceptivos informes institucionales al mismo dada la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podía provocar la dificultad de probar ese elemento intencional”.

<sup>739</sup> Se afirma que la esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas es el deseo de dominio sobre la mujer, al efecto vid., ARROYO ZAPATERO, L.: “La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español”, *Libro homenaje a María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

incoherencia penológica respecto del art. 153.2 CP, que no exige ningún elemento subjetivo del tipo, de forma que la agresión sufrida por la mujer podría ser castigada con menos pena que la sufrida por otras personas del entorno doméstico.

En esta línea, algunos autores sostienen que el plus de punibilidad que se introduce en el art. 153.1 CP viene justificado por el legislador en la especial relación entre la víctima y el victimario de la que se aprovecha para conservar y perpetuar la situación de dominación del varón, sin que el tipo exija que la violencia se haya ejercido en ese marco a la vista de los distintos criterios de interpretación de las normas jurídicas, afirmando que una cuestión es cómo creemos que deben sancionarse ciertas conductas y otra muy distinta cómo el legislador ha decidido que se sancionen, y que nos parezca adecuada o defectuosa la redacción del tipo no se puede integrar el mismo mediante remisiones normativas inexistentes<sup>740</sup>.

Otros autores mantienen que aunque el art. 1.1 de la Ley integral de violencia de género plantea la violencia de género desde la perspectiva de las relaciones de poder que pretenden ejercer los hombres sobre las mujeres, el hecho de que la redacción del art. 153 CP no introduzca ninguna referencia a esta circunstancia implica que no existe base para introducir ese requisito en la interpretación de este delito y que si se exigiera el mismo en muchos casos se convertiría en una prueba casi imposible que conduciría a una aplicación arbitraria de la norma<sup>741</sup>.

Otros sostienen que el concepto de violencia de género acuñado por la LO 1/2004 está construido sobre componentes objetivos y no subjetivos de ánimo, de forma que la definición de esta violencia contenida en su art. 1 se apoya en la situación de desigualdad, en las relaciones de poder, sin reclamar ánimo particular alguno<sup>742</sup>.

Y de esta forma algunos autores entienden que es forzado e innecesario considerar el requisito implícito derivado del art. 1.1 de la Ley integral como un

---

<sup>740</sup> SÁNCHEZ SISCART, J.M.: “El elemento finalístico...”, cit., pp. 17 y ss.

<sup>741</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico...”, cit., p. 25.

<sup>742</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004...”, cit., p. 497.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

elemento subjetivo del injusto a los efectos de fundamentar la mayor penalidad del art. 153.1 CP o para excluir de su ámbito de aplicación determinados casos (ej. riña mutuamente aceptada con agresión inicial de la mujer o agresión a la ex pareja femenina en un contexto totalmente ajeno a la relación sentimental) ya que el comportamiento típico consiste en una acción discriminatoria, afirmadora de la desigualdad, que reproduce las relaciones de poder ejercidas por los hombres sobre las mujeres de forma que no se trata de probar cual ha sido la causa, el origen o la intencionalidad última del agresor sino de probar desde una perspectiva socialmente contextualizada que el varón reprodujo en su comportamiento doloso estas pautas, de manera que tal elemento ha de ser conocido y abarcado por la voluntad del autor sin que ello suponga la exigencia de que la conducta sea realizada con una específica finalidad o ánimo<sup>743</sup>.

Incluso se afirma que el legislador se equivocó al no introducir en el Código Penal un tipo más grave por razón de género, aplicable sólo cuando el móvil o la situación de discriminación o dominio fuera patente (lo que hubiera sido lo correcto) sino un tipo de aplicación automática por razón del sexo de los sujetos y su relación presente o pasada, en cuya virtud el ataque de un varón a su pareja o ex pareja femenina es siempre más grave que igual ataque contra otra persona o que el que protagoniza la mujer contra su pareja o expareja masculina<sup>744</sup>.

#### **A.2. Partidarios de exigir la intención de dominio.**

Entienden que esta intención forma parte del tipo penal como un elemento subjetivo del injusto o elemento tendencial, por lo que para la aplicación del art. 153.1 CP no sería suficiente la realización de un acto de violencia del hombre sobre la mujer en el contexto relacional que señala el precepto sino que sería necesario un plus, de forma que la actuación del sujeto activo tendría que estar dirigida no sólo a lesionar la integridad física de su víctima sino además ser instrumento de discriminación, dominación o subyugación.

---

<sup>743</sup> GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas...”, cit., pp. 253-254.

<sup>744</sup> En este sentido se pronuncia MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo...”, cit., p. 1.



### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Consideran por consiguiente que en base a las circunstancias del caso concreto debe acreditarse que el hecho cometido es manifestación de ese patrón de dominación, que el uso de la violencia se manifieste como una pretensión subjetiva de dominación y no obedezca a otros motivos o impulsos diferentes, y que la conducta responda a un patrón de sometimiento propio de la violencia de género, justificando dicho planteamiento por la aplicación de un criterio de interpretación teleológico del precepto cuestionado en base a la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28-12 -que dio la redacción vigente al art. 153 CP- y al tenor de su artículo 1 que fija su objeto.

Se ha criticado este planteamiento afirmando que “los partidarios de esta interpretación de la ley o bien no utilizan o bien desconocen la perspectiva de género (que implícitamente rechazan), por lo que restringen y limitan los casos en los que la ley es aplicable dejando a un lado la expresa voluntad legislativa”, y que para quienes defienden esta tesis “la dominación masculina no es un prius, un dato de la realidad, un hecho socialmente constatable, intergrupar, sino un objetivo singular de cada hombre en cada caso concreto y en cada contexto singular”<sup>745</sup>.

Los argumentos esgrimidos en apoyo de esta posición<sup>746</sup> son:

1) La Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28-12, señala en su párrafo tercero que “existe una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de la relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”, de lo que parece

---

<sup>745</sup> SÁNCHEZ YLLERA, I.: “El maltrato no habitual en pareja...”, cit., pp. 5 y 6.

<sup>746</sup> Al efecto, vid., ERICE MARTÍNEZ, M.A.: “El elemento finalístico en los delitos de violencia de género. Alcance del artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 7, CGPJ, Madrid, 2011.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

desprenderse que el legislador pretende actuar contra una específica forma de violencia del hombre sobre la mujer, que está imbuida de ese ánimo de dominación.

2) El artículo 1.1 de la LO 1/2004, de 28-12, ostenta una función interpretativa del sentido del art. 153.1 CP<sup>747</sup> al manifestar que “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”. Añadiendo el art. 1.3 de la LO 1/2004 que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley, comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad”<sup>748</sup>.

3) La interpretación más respetuosa con el principio de igualdad y de proporcionalidad es la de que el art. 1.1 LO 1/2014 como pósito o presentación de esta ley irradia sus efectos sobre todo el articulado, incluidos los relativos a aspectos penales y procesales penales.

---

<sup>747</sup> En este sentido, la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre, señala que “la razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 CP se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que -como establece el art. 1.1 de la misma-, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges” -FJ 3-.

<sup>748</sup> Se afirma que algún contenido tendrá que otorgársele en la esfera penal a la expresión y a la definición legal de violencia de género (RAMOS VÁZQUEZ, J.A. y FACHAL NOGUER, N.: “La tutela penal y judicial en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones problemáticas”, *Política criminal y reformas penales*, Dir. FARALDO CABANA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 216).

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

4) La intención de dominación se desprende de la aplicación de un criterio de interpretación teleológico del precepto en relación con la norma extrapenal que la introdujo -LO 1/2004-, de forma que de esta manera no se suscitarían las críticas que origina su aplicación<sup>749</sup>.

5) Respecto de los precedentes de esta regulación, el Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres definía la violencia de género como “la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

El Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Junio de 2004 sobre dicho Anteproyecto ya criticaba que utilizara una definición de índole finalista que consideraba que “entendida en sentido estricto, obligaría a indagar las intenciones de los autores de un acto violento para decidir si éste está comprendido en el ámbito de aplicación de la ley”. Y en parecidos términos, el Informe del CGPJ de 24 de Junio de 2004 a tal Anteproyecto hacía referencia a la indebida introducción del elemento intencional en la definición<sup>750</sup>.

Así, la primera redacción del referido art. 1 que definía la violencia de género como aquella que se ejerce como “instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder del varón” fue sustituida de forma que en vez de utilizarse el término finalista “instrumento” se optó por el más objetivo de “manifestación”, tal vez para poner el acento en una definición descriptiva de las

---

<sup>749</sup> Se sostiene que la aplicación automática de la norma se apoya en un injustificable afán de sobreprotección de la mujer y en el propósito de castigar más severamente al varón que supone vulnerar los principios básicos del ius puniendi en un Estado democrático de derecho, particularmente los de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad. Al efecto vid., GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas...”, cit., pp. 239 y ss.

<sup>750</sup> El Informe del CGPJ en sus páginas 29 y 30 criticaba la introducción del elemento intencional por las complicaciones procesales que se derivaban en orden a la determinación de la competencia de los JVM, por la supuesta arbitrariedad en la aplicación de las medidas de protección a unas víctimas frente a otras y por la posibilidad de presumir iuris et de iure dicho elemento intencional y las dificultades de su prueba.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

circunstancias que subyacen en este tipo de violencia, pero no por ello se abandonó la necesidad de actuar el varón movido por tal ánimo de dominación<sup>751</sup>.

6) Es el ánimo de dominación lo que justifica el mayor desvalor de la conducta, por lo que debe atenderse al contexto y las circunstancias de la agresión para la aplicación del precepto, puesto que en caso contrario procedería una aplicación automática del precepto que no se ajustaría al principio de culpabilidad.

7) El TC admite esta finalidad de dominación en el art. 153.1 CP ya que no la rechaza expresamente (pudiendo haberlo hecho) y la STC 59/2008, de 14 de Mayo, hace referencia a la posición de dominio del varón sobre la mujer como objetivo a superar por dicho precepto, de manera que el hecho de que esta norma no sea inconstitucional no significa que la integración de la definición del art. 1 LO 1/2004 no pueda ser exigida por el interprete de la legalidad ordinaria.

8) La Circular de la FGE 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la LO 1/2004 también señala que “en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquellas no son sino una forma de expresión” y añade que “el objeto de la LO 1/2004 es la protección de la mujer frente a las agresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja, por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aún cuando la misma nunca hubiera existido (ej. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años) la tutela especial de esta ley no será aplicable”.

9) La exigencia de este elemento finalístico permitiría mitigar el excesivo rigor punitivo que se deriva de la aplicación literal y automática de la norma, sin perjuicio de lo estipulado en el art. 153.4 CP, ya que de no concurrir el mismo se aplicarían los tipos

---

<sup>751</sup> En este sentido se afirma que puede sostenerse que la manifestación de algo no es sino la exteriorización de un estado de ánimo que tiene que ver más con la voluntad que con elementos objetivos del actuar humano (GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas...”, cit., p. 252).

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

básicos de lesiones y maltrato del art. 147.2 y .3 CP, permitiendo una adecuada graduación de la pena al caso concreto<sup>752</sup>.

10) Este mismo criterio sería aplicable para las agresiones mutuas entre los miembros de la pareja o ex pareja en los casos en que no concurriera la intención de dominación del varón, en cuyo caso, las conductas de ambos contendientes serían sancionables aplicando el referido art. 147.2 y .3 CP, que implicaría una mayor justicia material y sería más razonable que castigar a la mujer al amparo del art. 153.2 CP y al varón al amparo del art. 153.1 CP, aunque se pudiera rebajar la sanción conforme a lo estipulado en el art. 153.4 CP.

11) No exigir este elemento intencional de dominación y la consiguiente relación de subordinación implicaría sostener que en todo caso cualquier acto violento del varón sobre la mujer con la que tenga o haya tenido relación sería calificado como violencia de género, lo cual sería contrario no sólo a la LO 1/2004 sino a las declaraciones supranacionales que esta invoca como su razón de ser.

En esta línea argumental, diversos autores exigen un elemento subjetivo de la culpabilidad consistente en la actuación del autor con ánimo de discriminación por razón del sexo femenino de la víctima<sup>753</sup> unido a un componente de abuso de superioridad del hombre sobre la mujer, por tanto precisan un doble fundamento material, el ánimo del autor y el abuso de superioridad, por lo que entienden necesario para la aplicación del artículo 153.1 CP que la acción típica sea realizada con abuso de la relación de poder y por motivos discriminatorios<sup>754</sup>, debiendo también cuestionarse si

---

<sup>752</sup> En sentido contrario se critica que este forzamiento de la ley se debe más a razones de justicia material y para evitar situaciones discriminatorias que a sólidos argumentos técnicos ya que este elemento anímico no se desprende de la propia redacción del tipo.

<sup>753</sup> Sobre las distintas voces que entienden que el autor debe actuar impulsado por motivos de discriminación por razón del sexo de la víctima vid., ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”...”, cit., p. 278, nota 31.

<sup>754</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales...”, cit., pp. 29 y ss., quienes entienden que el concepto de violencia de género conforme a la

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

en el caso de existir malos tratos recíprocos hombre-mujer<sup>755</sup>, si está justificada imponer mayor pena al hombre que a su pareja (art. 153.1 y .2 CP).

Se afirma que lo característico del art. 153.1 CP es la situación de indefensión de la víctima frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo de este último, entendiéndose necesaria la valoración sobre si el acto de violencia ejercido es o no manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, es decir si los motivos de la conducta reprochable son los contenidos en el art. 1 de la citada LO 1/2004<sup>756</sup>.

Otros autores argumentan que hay violencia de género cuando se emplea como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que la agresión contra una mujer subsumible en el art. 153.1 CP viene presidida por esa presunción normativa de que se realiza con esos objetivos de prevalimiento y dominación, si bien reconocen que la existencia del animus dominandi no aparece descrita en el tipo penal que omite cualquier referencia intencional<sup>757</sup>.

La importancia de la existencia de la mencionada relación de dominación se aprecia con más claridad si cabe, en los actos de violencia cometidos tras la ruptura de la relación de pareja, dado que el agresor en tales supuestos debe actuar movido por la

---

definición contenida en la LO 1/2004 se caracterizaría entre otros elementos porque el ejercicio de la violencia del varón sobre la mujer debe ser manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

<sup>755</sup> Este tema resulta analizado en las páginas 67-69 de la Circular del Fiscal General del Estado 4/2005, de 18-7.

<sup>756</sup> SOTO NIETO, F.: “Discriminación, desigualdad y relación de poder en la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6603, 2006, p. 2.

<sup>757</sup> ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *Diario La Ley*, nº 6428, 2006, p. 11.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

concepción de una relación con la mujer presidida por la dominación, puesto que sólo deberían considerarse incluidas en el tipo penal las conductas cometidas en consideración a aquella relación, por lo que los actos de violencia que sean ajenos a tal relación de afectividad no estarían incluidos en el tipo como sería la violencia derivada de motivos laborales, económicos o de relaciones de vecindad<sup>758</sup>.

En este sentido, QUINTERO OLIVARES sostiene que si nos atenemos a lo que declara el art. 1 LO 1/2004 y a lo establecido en su jurisprudencia por el TC sólo tiene cabida la interpretación que exige el elemento finalístico porque sino se desmesuraría el alcance del tipo y porque la finalidad de la ley no era castigar sin más la violencia u otros comportamientos que ya castigaba el Código Penal sino la de reprimir las manifestaciones de prepotencia sobre la mujer realizadas por su pareja<sup>759</sup>. Y en esta línea, se critica por otros autores la negativa en abundante jurisprudencia a aplicar la existencia del “ánimo discriminador y de sometimiento” que establece el artículo 1 LO 1/2004 y en consecuencia, la consiguiente negación del sentido de la Ley<sup>760</sup>.

En la misma línea argumentativa otros autores consideran que la introducción en el Derecho penal de la perspectiva de género por parte de la LO 1/2004 no es casual, por lo que para la aplicación del art. 153.1 CP no basta la simple subsunción literal sino que es precisa una subsunción valorativa, de manera que no es suficiente que un hombre golpee a su pareja o expareja femenina sino que es preciso que este golpe manifieste una relación de poder del primero sobre la mujer que sea expresión de una concreta clase de violencia, la violencia de género<sup>761</sup>.

En esta posición también se incluyen los que consideran que el art. 153.1 CP debe interpretarse en relación al art. 1.1 LO 1/2004 para evitar caer en el error de la aplicación sistemática del precepto ya que no castiga cualquier ataque contra una mujer,

---

<sup>758</sup> ELENA MURILLO, V.: Ob. cit.

<sup>759</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “La Ley penal...”, cit., p. 87.

<sup>760</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia española...”, cit., p. 22.

<sup>761</sup> RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 110-111.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

sino contra la mujer vinculada por una relación de pareja o ex pareja, regular o de hecho, con un varón y que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia, basada en razones histórico culturales y no de sexo en sentido biológico, interpretación que permitiría superar las críticas que consideran la existencia de una sobreprotección de la mujer<sup>762</sup>.

De igual forma, analizando si existe algún fundamento en términos de entidad de injusto que justifique la previsión de una mayor pena en el art. 153.1 CP, se argumenta que efectivamente es el hecho de que el comportamiento del agresor sea expresión de la violencia ejercitada para someter a la mujer como parte de una estrategia de dominación, lo que implica un especial desvalor de la acción y un incremento en relación con el desvalor de resultado<sup>763</sup>.

#### **B) Posiciones jurisprudenciales.**

Las distintas resoluciones judiciales existentes al respecto tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales también muestran la división de opiniones relatada anteriormente. Así, ya en la reunión de Jueces de violencia doméstica organizada por el CGPJ en Granada los días 20 y 21 de Octubre de 2005, a la hora de interpretar el artículo 153.1 CP en relación con el artículo 1 LO 1/2004 se planteó si era preciso que en la conducta del sujeto activo concurra el especial elemento intencional como componente reforzado del injusto, o, si por el contrario, el propósito del autor se engloba en la propia tipicidad de la conducta, y se optó por entender más adecuada esta última posición, al considerar que el tipo penal no contiene un especial elemento

---

<sup>762</sup> En este sentido vid., PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género...”, cit., pp. 335-336 y 348 y ss.

<sup>763</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 12:14.

En parecidos términos se expresan otros autores que entienden que en la violencia machista existe un plus o desvalor añadido de la acción en tanto que la conducta del varón esta dirigida a lograr la sumisión de la mujer, lo que explica la existencia del tipo cualificado del art. 153.1 CP. Al efecto vid., FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad...”, cit., p. 1165; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género...”, cit., pp. 02.4 y ss.



## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

subjetivo del injusto. Opinión, como se analizará posteriormente, que entiendo criticable al devenir el tipo penal de aplicación automática.

### **B.1. Posición jurisprudencial mayoritaria.**

La praxis judicial mayoritaria se limita a constatar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, sin exigir la presencia de una relación de dominación y un abuso de la misma.

#### 1. Resoluciones del Tribunal Supremo.

Este Tribunal siguiendo un criterio oscilante ha dictado diversas resoluciones en las que opta por una interpretación literal del art. 153.1 CP, en las que no se plantea la necesidad de indagar un ánimo de discriminar o de dominar, entendiendo que es suficiente la existencia de una agresión para la aplicación del art. 153.1 CP<sup>764</sup>, por lo que sostiene que es de aplicación automática sin necesidad de especiales aditamentos en la parte subjetiva u objetiva del tipo, al argumentar que conforme a la literalidad del mismo parece fuera de dudas que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad, integra dicho delito, ya que ese golpe, más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de la mujer maltratada, se produce en un contexto convivencial de degradación de los principios y valores que han de regir la relación personal, aspectos que el precepto pretende tutelar penalmente y cuya constitucionalidad ha sido avalada (ATC 233/2004, 7 de Junio, y STC 100/2008, 24 de Julio, y demás resoluciones dictadas en la misma fecha por el Tribunal Constitucional sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas referidas al art. 153 del CP)<sup>765</sup>.

Se argumenta que el art. 153.1 CP tiene varias formulaciones, que una de ellas es la de golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión y que cuando la ofendida es la pareja o ex pareja femenina del autor se eleva a la categoría de este delito, siendo

---

<sup>764</sup> En este sentido se pronuncian la STS 338/2009, de 2 de Abril y la STS 370/2009, de 6 de Abril -FJ 4-.

<sup>765</sup> Al efecto vid., la STS 510/2009, de 12 de Mayo -FJ 1-.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

suficiente la realización de un empujón a la misma<sup>766</sup>, al no ser un delito de tendencia que exija un específico propósito de lesionar, sino un dolo concretado a los elementos del tipo objetivo, es decir, a la acción misma maltratadora<sup>767</sup>, por lo que no se exige ningún elemento subjetivo especial<sup>768</sup>.

En otras resoluciones pone de relieve que el art. 153.1 CP se refiere al maltrato familiar que derivado de una situación de dominio tiene por consecuencia calificar como delito las agresiones que en sí pudieran ser constitutivas de antiguas faltas, cometidas sobre las personas citadas en el artículo<sup>769</sup>, que el mero zarandeo sin causar lesión de la mujer, al constituir un maltrato de obra, implica la aplicación del precepto<sup>770</sup>, y que es irrelevante que la conducta del agresor carezca de connotaciones machistas y no este animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja, al proteger este precepto a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, resultando indiferente que la motivación de la agresión hubiera sido económica o de otro tipo<sup>771</sup>.

Por tanto, esta línea argumentativa considera que el art. 153 CP no requiere una intención especial, bastando el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y en la voluntad de ejecutar la conducta delictiva (STS 526/2012, de 26 de Junio).

---

<sup>766</sup> Al efecto vid., la STS 653/2009, de 25 de Mayo -FJ 5-.

<sup>767</sup> En este sentido se pronuncia la STS 1139/2009, de 30 de Octubre -FJ 4-.

<sup>768</sup> En este sentido, vid., la STS 61/2010, de 28 de Enero -FJ 5-.

<sup>769</sup> Al efecto vid., la STS 415/2010, de 29 de Abril -FJ 5-.

<sup>770</sup> Al efecto vid., la STS 703/2010, de 15 de Julio -FJ 1-.

<sup>771</sup> En estos términos se pronuncia la STS 807/2010, de 30 de Septiembre -FJ 2-.

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

### 2. Resoluciones de las Audiencias Provinciales.

Distintas Audiencias entienden también que el propósito finalístico no constituye ninguno de los elementos del tipo del art. 153.1 CP, por lo que no exigen, en consecuencia, la prueba de las razones últimas en el obrar del sujeto, al considerar que son ajenas al proceso penal y que basta para la aplicación del precepto, la acreditación de la acción expresiva de la violencia y las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima<sup>772</sup>.

Argumentan que la posición que considera que para aplicar el art. 153.1 CP se precisa por parte del sujeto activo una situación de superioridad o dominio sobre el sujeto pasivo en virtud de la cual se produzca el acto agresivo implica una lectura equivocada o sesgada de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 así como de una contemplación equivocada del sustrato fáctico del precepto, ya que en todo momento se hace referencia a la existencia de una intolerable violencia machista de subordinación de la mujer al hombre que se desea combatir con dureza, y es por ello que se habla de violencia de género que capacita o legitima a juicio del legislador, para proceder a un incremento de los mínimos de las penas con las que castiga esas conductas, y que por otra parte, en el art. 153 CP se castigan violencias determinadas y concretas, por lo que no forma parte del tipo en modo alguno el sometimiento de la víctima, que por su propia definición, no existe en las agresiones puntuales<sup>773</sup>.

Otras resoluciones mantienen que las agresiones de hombre a mujer en el ámbito de esa relación sentimental constituyen, generalmente, por si solas, una manifestación de esa superioridad del hombre y supeditación de la mujer<sup>774</sup> y que la tesis que exige la acreditación de un elemento de dominio o desigualdad en la pareja para la operatividad

---

<sup>772</sup> Al efecto vid., la SAP de Madrid, sección 27ª, de 30 de Abril de 2007 -FJ 1-.

<sup>773</sup> En este sentido se expresa la SAP de Gerona, sección 4ª, de 6 de Noviembre de 2007 -FJ 5-.

<sup>774</sup> Al efecto vid., la SAP de Alicante, sección 1ª, de 4 de Febrero de 2008 -FJ 2-.

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

del artículo 153.1 CP parte de una errónea consideración del bien jurídico protegido por dicho precepto<sup>775</sup>.

Por tanto, consideran que el art. 153.1 CP sanciona las abstractas situaciones de violencia y maltrato, que el elemento finalístico no constituye ninguno de los elementos del tipo penal y que sólo es preciso un dolo genérico de lesionar o menoscabar la integridad física o psíquica de la víctima, de forma que el tipo sólo requiere el dolo entendido como ánimo genérico de menoscabar o atentar contra la integridad corporal o salud física o mental de la víctima, tanto si ello es querido directamente por el agente como si éste se ha representado la posibilidad del resultado (dolo eventual), sin exigir ningún otro ánimo especial o distinto, al ser ajeno al proceso penal las razones últimas en el obrar del sujeto activo, de forma que únicamente es necesario acreditar que de forma voluntaria e intencionada se perpetró la acción que el legislador considera constitutiva de ilícito penal<sup>776</sup>.

### **B.2. Posición jurisprudencial minoritaria.**

Existe una jurisprudencia minoritaria -que cada vez tiene más adeptos y que comparto- que si exige dicho elemento subjetivo, argumentando que la razón del artículo 153.1 CP se explica en la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004 y en su artículo 1, que pretende luchar eficazmente contra las diversas manifestaciones de la relación desigual existente entre hombres y mujeres por la que estas se encuentran en

---

<sup>775</sup> Se afirma que se invocan equivocadas referencias a la paz familiar como objeto de protección en el maltrato ocasional. Al efecto vid., la SAP de Sevilla, sección 4ª, de 23 de Octubre de 2008 -FJ 2.

<sup>776</sup> En sentido se pronuncian las SSAP de Cuenca, sección 1ª, de 17 de Mayo de 2011 y de 31 de Julio de 2012.

En la misma línea se encuentran las SSAP de Madrid, sección 27ª, de 18 de Junio de 2007, de 30 de Mayo de 2008 y de 19 de Mayo de 2010; la SAP de Tarragona, sección 4ª, de 25 de Abril de 2009; las SSAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2ª, de 23 de Junio de 2010, de 29 y 30 de Septiembre de 2011 y de 1 de Marzo de 2012; la SAP de Toledo, sección 2ª, de 13 de Julio de 2012; la SAP de Salamanca, sección 1ª, de 16 de Julio de 2012; y las SSAP de Madrid, sección 27ª, de 23 y 30 de Julio de 2012, y de 17 y 20 de Septiembre de 2012.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

una situación de subordinación, estableciéndose tipos penales específicos, como el que nos ocupa, para dar respuesta a una alarmante realidad social de maltrato de las mujeres a manos de sus compañeros sentimentales como reflejo de esa situación de desigualdad y dominación.

De esta forma sostienen también que una agresión recíproca y mutuamente consentida consistente en forcejeos y empujones mutuos entre los dos miembros de la pareja o ex pareja merece la calificación de la antigua falta de lesiones/maltrato de obra del artículo 617 del Código Penal (actual delito del art. 147.2 y .3 CP) por desarrollarse en una situación de igualdad entre ambos.

Posición que ha sido seguida en diversas resoluciones del Tribunal Supremo y de la que son claro reflejo las resoluciones de la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (que conoce de las cuestiones relacionadas con la violencia sobre la mujer), y que es también aceptada, entre otras, por la Audiencia Provincial de Castellón, Valencia y Murcia.

#### 1. Resoluciones del Tribunal Supremo.

Distintas resoluciones entienden necesaria para la aplicación del art. 153.1 CP que la acción desarrollada sea expresiva del ánimo machista (ej. la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón o la agresión derivada de la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales) al considerar que para la delimitación de la LO 1/2004 se debe acudir a su artículo 1 (objeto de la ley), por lo que en la conducta del agresor ha de concurrir una intencionalidad, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial a los Juzgados de Violencia sobre la mujer, de manera que la situación de dominio exigible en estas situaciones estaría íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión<sup>777</sup>.

---

<sup>777</sup> En este sentido se pronuncia la STS 58/2008, de 25 de Enero -FJ 4-. Para un análisis de esta última resolución vid., GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: "Retractación de una víctima en un

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Se afirma que es preciso que la agresión de la mujer sea fruto de la superioridad machista, por lo que se exige no sólo el ánimo o intención de lesionar sino también la prevalencia del agresor sobre la víctima para la integración del delito del art. 153.1 CP, que tipifica una violencia de género, comprendida en los supuestos de protección integral de la LO 1/2004 y nacida para luchar contra esta lacra social<sup>778</sup>.

Se considera que para aplicar el art. 153.1 CP es necesario que las lesiones leves se produzcan en el contexto propio de las conductas machistas (es decir, que el maltrato ocasional del hombre a la mujer revista connotaciones de género) en base a una interpretación teleológica del precepto y a la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, concluyendo que en el caso de agresiones recíprocas en el seno de la pareja, si la conducta del varón no cabe en el art. 153.1 CP (porque la agresión no responde al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con este precepto) tampoco cabrá la de la mujer en el art. 153.2 CP (porque resultaría un contrasentido)<sup>779</sup>, y así se argumenta que el criterio teleológico de interpretación de la norma penal constituye uno de los criterios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia; y, en este sentido, tiene especial significación lo que el legislador dice en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004<sup>780</sup>.

---

caso de violencia de género: análisis de la sentencia TS de 25 de enero de 2008”, *La Ley Penal*, nº 53, 2008.

<sup>778</sup> Al efecto vid., la STS 566/2009, de 28 de Mayo -FJ 2-.

<sup>779</sup> Esta solución es criticada desde un punto de vista sistemático dado que aunque el art. 153.2 CP no permite castigar al hombre puesto que este precepto excluye expresamente a los sujetos aludidos en su apartado 1, la literalidad del mismo obligaría a castigar en todo caso a la mujer conforme a este apartado 2 que no exige ningún elemento subjetivo de dominación, lo que supondría un agravio comparativo inaceptable al permitir la no aplicación al varón del art. 153.1 CP sino existe un móvil machista.

<sup>780</sup> En este sentido se pronuncia la STS 654/2009, de 8 de Junio -FJ 2-.

Sobre las consecuencias de esta última resolución y de la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre vid., GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El “nuevo” elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTS de 8 de junio y de 24 de noviembre de 2009”, *La Ley Penal*, nº 72, 2010.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Por tanto, se sostiene que el art. 153.1 CP no se aplica de forma automática al exigir que la acción agresiva tenga connotaciones con la subcultura machista, es decir, no es suficiente la existencia de una lesión leve en la mujer por parte del compañero o ex compañero masculino sino que es necesario que la misma se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento de la mujer al hombre, y en este sentido se extraen diversas consecuencias:

1) No toda acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el art. 153 CP, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de LO 1/2004- cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer".

2) Aunque estadísticamente ésta sea la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene esas connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no sea expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

3) La conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo, por lo que la aplicación del art. 153.1 CP requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer, esto es, de una discriminación inadmisibles.

4) Es función del Tribunal sentenciador el determinar si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre

## *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

la mujer<sup>781</sup>, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes<sup>782 783</sup>.

### 2. Resoluciones de las Audiencias Provinciales.

Diversas Audiencias consideran que para la aplicación del art. 153.1 CP se exige la intención de dominación del hombre sobre la mujer, de forma que ese plus intencional impediría la aplicación automática e inexorable de este precepto, ya que hay situaciones como las de una pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja que no deberían ser equiparadas con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la

---

<sup>781</sup> Se critica que se sostenga que la facultad de decidir caso por caso si se trata de una situación de violencia de género no corresponde al juez sino que se la atribuyó el legislador, y que se afirme que este decidiera de antemano y para todos los casos que siempre que un hombre agrede a su pareja o ex pareja femenina es violencia de género.

<sup>782</sup> En este sentido se pronuncia la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre -FJ 3-.

Para un análisis detallado de esta resolución y del voto particular emitido al efecto vid., RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género...”, cit., pp. 437 y ss., quién califica de giro espectacular el tratamiento dado por esta Sentencia a esta materia al considerar que no procede la aplicación del art. 153.1 CP de forma mecánica o automática de manera que deberá comprobarse en cada caso si la violencia es o no de género y critica que el TS parece establecer una presunción iuris tantum de que la violencia practicada por el hombre es violencia de género.

<sup>783</sup> No obstante, SANCHEZ MELGAR formuló un voto particular a la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre, argumentando que el elemento de riña mutua o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal, ya que la acción conjunta y recíproca, en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de los miembros de la pareja en su mutuo acometimiento físico, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón sobre la mujer de la comisión de este delito, puesto que el legislador ha tratado de objetivar la violencia de género a la ejercida por el varón sobre la mujer, en el ámbito de la pareja, al parecer por razones estadísticas o históricas, y que no nos corresponde a nosotros el enjuiciamiento sobre el acierto de este componente psicológico, a pesar de las razonables dudas de constitucionalidad de una medida de discriminación positiva en el ámbito penal que el Tribunal Constitucional despejó en sentido negativo.



### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

pluspunicción contenida en el art. 153.1 CP por resultar contraria a la voluntad del legislador, al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger<sup>784</sup>.

Se afirma que nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder del hombre sobre la mujer<sup>785</sup> y que una interpretación lógica, teleológica, sistemática, histórica y sociológica del art. 153 CP conduce a una interpretación y aplicación restrictiva de dicho precepto, al integrar su contenido literal en función de los conceptos de "violencia doméstica" (al que se hace referencia expresa en la Exposición de Motivos de la LO 11/03 -apartado III-) y de "violencia de género" (esto último tras la reforma introducida por la LO 1/04), en cuanto que conceptos definidores de los contextos dentro de los cuales tiene sentido y está justificada la agravación penológica que el artículo indicado conlleva, ya que no se puede prescindir de los conceptos de violencia de género/doméstica, piedras angulares inspiradoras de toda la normativa sobre la materia, para interpretar e integrar el tipo penal sobre los malos tratos familiares contenido en el art. 153.1 CP.

---

<sup>784</sup> Al efecto vid., la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 12 de Septiembre 2006 -FJ 3-.

En este sentido, la SAP de Zaragoza, sección 1ª, de 14 de Enero de 2015 señala que "lo que ha pretendido el legislador en la redacción actual del artículo 153 del CP, es la erradicación de la violencia en el ámbito familiar, entendido como núcleo de convivencia, protegiendo dicho ámbito de la dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende (...) sancionándose aquéllas manifestaciones de desigualdad, discriminación o ejercicio de poder del hombre sobre la mujer que queda integrado dentro de los tipos delictivos de la violencia sobre el género. Pero en los hechos que no traigan su causa precisamente de esa específica relación de prevalimiento por parte del hombre, la tutela especial de esta ley no sería aplicable" -FJ 4-.

En parecidos términos se expresan la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 18 de Octubre de 2006 y la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 7 de Noviembre de 2006 que exigen además de la agresión del varón sobre la mujer que la misma sea manifestación de la discriminación, situación de desigualdad o instrumento de subyugación.

<sup>785</sup> Al efecto vid., las SSAP de Barcelona, sección 20ª, de 3 de Septiembre 2007 -FJ 2- y de 2 de Junio de 2008, y la SAP de Albacete, sección 2ª, de 5 de Febrero de 2015 -FJ 5-.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

En consecuencia, se considera necesario que la conducta descrita en el art. 153.1 CP sea manifestación "de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", que es precisamente lo que caracteriza a la violencia de género, ya que esta última no aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer, ni es de aplicación automática este precepto siempre que la víctima del maltrato sea una mujer, al exigirse un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder referidas.

Y es precisamente ese contexto o situación de abuso de poder o de dominación con respecto a los miembros del género femenino de la relación (actual o pasada) conyugal o *more uxorio*, lo que justifica la mayor gravedad que se asigna a una conducta que, fuera de este contexto o situación, no tendría tanta gravedad. E incluso respecto al otro posible sujeto pasivo del art. 153.1 CP (la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), la nota de especial vulnerabilidad viene a ser plasmación de esa exigencia de concurrencia de la situación de dominación o de poder del sujeto activo sobre sujeto pasivo propia de la violencia de género y de la violencia doméstica<sup>786</sup>.

Siguiendo esta línea argumental se entiende que no procede aplicar el art. 153 CP en los casos de riña mutuamente aceptada, en que son los dos miembros de la relación familiar quienes despliegan la violencia con ocasión de disensiones y peleas entre iguales, y desconectadas por completo de esas situaciones de abuso, sometimiento o sojuzgamiento por razón del género, propias de las violencias doméstica y de género<sup>787</sup>, por lo que no puede ser admitido el automatismo en la interpretación del

---

<sup>786</sup> Al efecto vid., la SAP de Castellón, sección 2ª, de 20 de Septiembre 2007 -FJ 4- y la SAP de Valencia, sección 1ª, de 9 de Julio de 2009 -FJ 1-.

<sup>787</sup> Al efecto vid., la SAP de Castellón, sección 2ª, de 24 de Enero de 2008 -FJ 1- y la SAP de Valencia, sección 1ª, de 3 de Diciembre de 2008 -FJ 3-.

La SAP de Barcelona, sección 20ª, de 9 de Julio de 2009, siguiendo la STS 58/2008, de 25 de Enero, entiende que en el caso de una "pelea mutua, en igualdad de armas, sin denotación de dominio de uno sobre el otro, la conducta de los dos no merece la pluspunción establecida en el art. 153 CP, por el

### ***La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.***

precepto, otorgando a todo ataque contra la integridad física en el ámbito de las relaciones de pareja la condición de violencia de género, al exigirse para aplicar el art. 153.1 CP que en el acto de ataque subyazca una situación de amenaza, dominación, tensión y menosprecio hacia la mujer que conforma el bien jurídico protegido, ya que este precepto no alcanzaría a aquellas situaciones en las que la conducta violenta es ajena a la situación de desigualdad y dominio, bien por ser bilateral o generarse en un marco distinto<sup>788</sup>.

#### **C) Toma de postura.**

La finalidad de la norma estudiada es clara y es otorgar la máxima tutela a aquellas personas que dentro del ámbito familiar o doméstico se ven sometidas a situaciones de discriminación y dominio por parte de los convivientes o ex convivientes, y a la hora de interpretar el tipo penal resulta necesario atender tanto al criterio hermenéutico de la finalidad de la norma como al de la realidad social del momento en que debe ser aplicada (art. 3.1 CC), criterios que permiten interpretarla adecuadamente completando su pleno sentido por encima de su estricto tenor literal (STC 13/03, de 28 de Enero).

En consecuencia, entiendo que la declaración contenida en el art. 1.1 LO 1/2004 no es una mera declaración programática, sino que tiene una notoria trascendencia al mero hecho de que: 1º se produce un maltrato, y 2º las partes mantienen una relación sentimental, sino que en los supuestos en los que no concurra el ánimo de dominio, la conducta de ambos debe degradarse a la categoría de falta, conforme al derecho penal general” -FJ 2-.

En el mismo sentido se expresan la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 5ª, de 19 de Julio de 2011; la SAP de Barcelona, sección 20ª, de 25 de Octubre de 2011; la SAP de Zamora, sección 1ª, de 30 de Noviembre de 2011; la SAP de León, sección 3ª, de 16 de Julio de 2012; y la SAP de Pontevedra, sección 4ª, de 13 de Diciembre de 2011.

<sup>788</sup> Al efecto vid., la SAP de la Coruña, sección 1ª, de 21 de Abril de 2010 -FJ 1-.

También exigen que la acción agresiva se produzca en el referido marco de discriminación otras resoluciones judiciales como la SAP de Albacete, sección 2ª, de 2 de Junio de 2009; las SSAP de Barcelona, sección 20ª, de 15 y 28 de Octubre de 2009; la SAP de Murcia, sección 3ª, de 11 de Junio de 2010; y la SAP de Valencia, sección 1ª, de 19 de Julio de 2012, etc.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

contener la definición de violencia de género que impera en nuestro ordenamiento penal y otorga pleno sentido a la existencia del art. 153.1 CP, de forma que la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer, por imposición del referido precepto, debe ser manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del varón sobre la mujer. No se castigaría, por tanto, toda violencia ejercida por un hombre sobre su pareja o ex pareja femenina sino la violencia practicada por razón de género, lo cual otorga identidad propia al art. 153.1 CP<sup>789</sup>.

No comparto la afirmación mantenida por algunos autores de que el propósito de la LO 1/2004 (art. 1) deja de tener sentido en el momento en que la misma se diluye al pasar a formar parte del articulado del Código Penal<sup>790</sup>, puesto que este precepto constituye una referencia interpretativa para entender el art. 153.1 CP, ya que es aquella ley orgánica no sólo la que le da la redacción actualmente vigente, sino la que define que es violencia de género y da sentido a este artículo<sup>791</sup> con la finalidad de otorgar una protección reforzada en atención a la voluntad de dominación del hombre sobre la mujer, conforme se desprende de su propia Exposición de Motivos.

---

<sup>789</sup> Sobre la particular importancia del art. 1 LO 1/2004 vid., RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género...*, cit., pp. 120 y ss. y “Los delitos de violencia de género...”, cit., pp. 412-432, quién llega incluso a afirmar que el art. 1 LO 1/2004 también es Derecho penal, que simplemente está ubicado en otra ley y que el art. 153.1 CP debe leerse añadiendo a su tenor literal el contenido de aquel precepto.

En sentido contrario, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo...”, cit., p. 16, nota 2 sostiene que el Código Penal no define la violencia de género y la definición del art. 1.1 LO 1/2004 ni está en el Código Penal ni sirve para delimitar taxativamente tipos concretos.

<sup>790</sup> Esta tesis se defiende, entre otros, por CASTELLÓ NICAS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2”, *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coord. CARBONELL MATEU, Madrid, 2006, p. 212, y BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer...”, cit., p. 3.

<sup>791</sup> Así se entiende que se afirme que la violencia de género no es una mera manifestación de la agresividad ambiental, ni de la conflictividad de las relaciones de pareja ni de factores ocasionales (ej. alcohol, drogas, paro) sino que es un medio para garantizar la relación de dominio por parte del hombre. En este sentido vid., MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 4.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

El concepto normativo de la violencia de género descansaría en un elemento personal, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento personal es que agresor sea un hombre y la víctima una mujer unidos por vínculo sentimental, presente o pasado. El elemento objetivo es el acto de violencia física o psicológica realizado, y el elemento subjetivo implica que la violencia ejercitada sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del varón sobre su víctima, y aunque el tipo penal omite toda referencia expresa a ese contexto de dominación, es precisamente este último el que da sentido político criminal a la tutela penal reforzada y a su tratamiento jurisdiccional específico<sup>792</sup>.

Por otra parte, la doctrina constitucional existente en esta materia que se limita a declarar conforme a la Constitución la redacción del art. 153.1 CP tampoco resuelve definitivamente esta cuestión, por lo que las exigencias relativas a los elementos del tipo se tratarían de cuestiones de legalidad ordinaria, cuya interpretación corresponde a los Tribunales y en última instancia, al Tribunal Supremo, quién no ha seguido una posición unívoca al respecto.

A partir de estas afirmaciones, y examinadas las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto<sup>793</sup>, así como distintos argumentos sostenidos por las mismas, considero que para la aplicación del artículo 153.1 CP resulta más adecuado exigir el elemento intencional<sup>794</sup> que concreta el mayor injusto cifrado en la

---

<sup>792</sup> En este sentido también se pronuncia SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.: “La igualdad y la violencia de género...”, cit., p. 05:6.

<sup>793</sup> La disparidad de posiciones se refleja en el hecho de que en ocasiones se sostiene que la dominación o discriminación debe aparecer bien en la parte subjetiva del tipo (como finalidad perseguida por el autor), bien en la parte objetiva (como situación contextual en el que debe producirse el maltrato), y en otras no queda claro si se sostiene una cosa o la otra.

<sup>794</sup> Idéntico criterio es sostenido por diversos autores, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTIN, M.A.: “La discriminación positiva...”, cit., p. 5 y “Consideraciones político-criminales...”, cit., pp. 29 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, E.: “El maltrato singular cualificado...”, cit., p. 17; SOTO NIETO, F.: “Discriminación...”, cit., p. 2; ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

lesión de la integridad moral de la mujer. De otra forma, no se comprendería el sentido de diferenciarlo del artículo 147.2 y .3 CP (antiguo art. 617 CP) ni del art. 153.2 CP, al tratarse de idénticas conductas, elevándolo a delito en el año 2003 por la sola condición del sujeto pasivo. Quizás exigiendo el elemento intencional, ese “plus” de injusto (lesión de integridad física/psíquica y moral más intención degradatoria) justificaría la agravación (ese plus de antijuridicidad respecto al artículo 147 CP sería una razón jurídica para justificar la mayor pena del artículo 153.1 CP en relación con el citado precepto y con el artículo 153.2 CP), por lo que para la aplicación del tipo penal debe existir una relación de dominación, de desigualdad que justificaría la aplicación del mismo<sup>795</sup>.

El Derecho penal debería ofrecer distinta respuesta cuando el acto violento constituye una manifestación de la violencia machista que cuando la motivación es ajena a la misma, pues en ambos casos no concurriría idéntica gravedad del injusto, ya que no es lo mismo un acto de violencia de género que una pelea mutuamente aceptada, en igualdad de condiciones, por lo que el castigo de estas conductas debería ser distinto. En este sentido resulta evidente que la violencia de género es una categoría específica de violencia y que está asociada a la posición de poder que ocupa el varón en la estructura social, que por sus propias características no tiene paralelo en el sexo masculino<sup>796</sup>, y estas circunstancias especiales son las que justifican la aplicación del art. 153.1 CP.

---

medidas...”, cit., p. 11; QUINTERO OLIVARES, G.: “La Ley penal...”, cit., p. 87; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia española...”, cit., p. 22.

También distintas resoluciones del TS avalan esta posición como la STS 58/2008, de 25 de Enero, la STS 566/2009, de 28 de Mayo, la STS 654/2009, de 8 de Junio y la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre.

<sup>795</sup> En sentido contrario se ha mantenido que los dos primeros párrafos del artículo 153 CP comparten la misma acción típica (golpear o maltratar de obra) sin que la misma en uno u otro párrafo este revestida de finalidades específicas porque el legislador ha renunciado a plasmarlas en la descripción típica. Al efecto vid., Caballero GEA, J.A.: *Violencia de Género...*, cit., pp. 60 y ss.

<sup>796</sup> En la misma línea se expresa LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada...”, cit., p. 108.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Existe un mayor desvalor de la conducta cuando se produce en el ámbito de las relaciones de pareja o ex pareja (al que se asimilan las personas especialmente vulnerables) que cuando se produce entre extraños<sup>797</sup>, no en vano la violencia doméstica padecida por la mujer tiene unas implicaciones que van más allá del mero acto de la bofetada o empujón leve. Conlleva un desvalor añadido (también en el maltrato ocasional) consistente en anular a la mujer como persona, eliminando su voluntad e iniciativa con la finalidad de consagrar el dominio del varón sobre la mujer en la relación familiar y afectiva<sup>798</sup>, por lo que entiendo que sólo está justificada la aplicación del art. 153.1 CP cuando el varón actúe con esa intención de dominio de la mujer, no en todos los casos, ya que de esta forma su comportamiento incorpora una nueva dimensión de desvalor en la medida en que supone no sólo un ataque a la integridad

---

<sup>797</sup> Así se pronuncia también ALONSO ÁLAMO al afirmar que hay un mayor desvalor de acción derivado de la peligrosidad objetiva de la conducta para los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal (ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento...”, cit., p. 10).

En los mismos términos, la STC 59/2008, de 14 de Mayo, entiende que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón sobre la mujer tiene mayor desvalor que las producidas por la mujer al varón en atención a los bienes jurídicos protegidos por el art. 153.1 CP; la STS 510/2009, de 12 de Mayo, afirma que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de la mujer maltratada se produce en un contexto convivencial de degradación de los principios y valores que deben regir la relación personal; y la STS 1177/2009, de 24 de Noviembre, recuerda que el art. 153 CP tiene su fundamento en la violencia de género en atención al mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, libertad, dignidad y seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja al insertar el autor su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dotar a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa.

<sup>798</sup> Es cierto que la violencia masculina ejercida sobre su actual o pretérita pareja femenina encierra más allá del menoscabo físico, un menoscabo de la mujer, que es tratada de forma degradante, es golpeada, intimidada u obligada a hacer algo por el agresor por el mero hecho de ser mujer, esto es, por considerarla inferior a él y a él deberse. La mujer no es solamente, por tanto, golpeada, intimidada sino que además es vejada, tratada con desprecio de su dignidad humana. Al efecto, vid., RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género...”, cit., pp. 453 y 454 y *Violencia de género*, cit., pp. 121 y 122.

*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

física de la mujer, sino también un ataque a su integridad moral (doble contenido de injusto)<sup>799</sup>.

En esta línea, el Informe del Consejo de Estado de 24-6-2004 al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer señalaba acertadamente que la causa justificativa de este tratamiento diverso y diferenciado radica en que estas conductas encierran un desvalor añadido o un plus de antijuridicidad, en cuanto son expresión de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer.

Y aunque la mujer es la víctima en la mayoría de los casos de violencia doméstica (alrededor del 90%<sup>800</sup>) no está justificada la aplicación automática del art. 153.1 CP debiendo atenderse al caso concreto, por lo que entiendo criticable la aplicación automática del precepto como sostiene la praxis judicial mayoritaria que no exige un elemento de especial intencionalidad. Comparto plenamente el planteamiento de la jurisprudencia minoritaria contrario a que el tipo penal sea de aplicación formal al entender que es necesaria la existencia de relación de dominación para la aplicación del mismo, por lo que me parece adecuado que en el caso de conductas de agresiones recíprocas hombre-mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, sin tal relación de dominación-subordinación y sin la presencia de tratamiento médico o quirúrgico en las lesiones de la mujer/hombre, se les califique de delitos leves del art. 147.2 y .3 CP. Es decir, habrá que dilucidar en cada caso si existe o no el elemento de dominación, sin que pueda darse una respuesta uniforme en esta materia, ya que el hecho de que dos miembros de la pareja se agredan causándose pequeñas lesiones no implica necesariamente la existencia de una situación de igualdad ni elimina, en su caso, la

---

<sup>799</sup> En este sentido comparto la afirmación suscrita por GARCÍA ALBERO cuando sostiene que el *Ius Puniendi* puede y debe irrumpir en la alcoba porque es precisamente en este núcleo de enculturación donde se transmiten y legitiman los estereotipos sobre los que se apoyan las relaciones jerárquicas de dominación (GARCÍA ALBERO, R.: “Las perspectivas de género en Derecho Penal. Algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española, Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. III, 2004, p. 486).

<sup>800</sup> Al efecto vid., SÁNCHEZ SISCART, J.M.: “El elemento finalístico...”, cit., p 12.



*La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

pretensión del varón de imponerse a la voluntad de la mujer, puesto que esta agresión mutua puede generarse o no en una situación de igualdad y puede estar presidida o no por el ánimo de dominación o móvil machista del varón.

De otra forma se podría afirmar que el artículo 153.1 CP parece que no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer, a no ser que se exija la mencionada relación de dominación del sujeto activo-pasivo del delito como fundamento material del injusto, puesto que en caso contrario se produciría una elevación de penas sin demostrar suficientemente cuál es el incremento en la gravedad del injusto típico con el consiguiente peligro de utilización del precepto como un verdadero cajón de sastre.

Así pues, es cuestionable que toda violencia sobre la mujer por parte de su pareja o ex pareja masculina sea tutelable con valor de presunción iuris et de iure. Por el contrario, debe realizarse una valoración de si el acto de violencia sobre la mujer es “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” -aún con los problemas que ocasiona en materia de prueba- con la necesidad de exigir el citado elemento subjetivo del tipo en el autor, conforme al citado artículo 1 LO 1/04 a pesar de que no está previsto expresamente en la regulación legal. En consecuencia, no toda agresión perpetrada por el hombre sobre la mujer constituirá en sí misma un acto de violencia de género, sino en el caso de que se cometa con la finalidad de perpetuar la posición de dominio del varón, dado que este plus o desvalor añadido de la acción es lo que justificaría la mayor penalidad del tipo penal del art. 153.1 CP.

Por tanto, con una aplicación automática del art. 153.1 CP se desvela un olvidado Derecho penal de autor, centrado en una presunción legislativa de peligrosidad del mismo, sustituyendo un modelo penal garantista por un modelo penal de la seguridad ciudadana o por lo que se conoce como un Derecho penal-coartada. Así al desaparecer de la regulación actual del artículo 153 CP la habitualidad (que se recoge en el art. 173 CP), aunque se mantenga el requisito de la relación específica entre los

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

sujetos, ha desaparecido una importante parte del plus de desvalor que se contenía en la regulación de los malos tratos, y la razón que ha motivado la agravación de la pena es una manifestación más de lo que se denomina un Derecho penal simbólico, que se produce en un intento de acallar las airadas protestas de determinados colectivos sociales ante la gravedad del problema de los malos tratos.

No sólo la mujer puede ser víctima de su marido o compañero sentimental, actual o pasado, siendo criticable que quede fuera del tipo agravado del art. 153.1 CP, como se desprende de su propio tenor literal, otros supuestos frecuentes de violencia -ej. la violencia ejercida por el hijo contra su madre o por el padre contra su hija- y aunque porcentualmente sea la mujer la que sufra en mayor medida la violencia<sup>801</sup>, especialmente en el hogar, tampoco está justificado que se deje fuera de su amparo a otras personas que la sufren, y ello por cuanto si las medidas que otorgan una mayor protección a la mujer y a las personas vulnerables que convivan con el autor fueran un bien escaso que no pudieran alcanzar a todos, se entendería dicha restricción, pero esto no es así y no obtiene la mujer mayor protección porque la ley la proteja sólo a ella.

Llama la atención que la tendencia legislativa iniciada en el año 1989 de modificación del Código Penal con la finalidad de agravar la respuesta punitiva se haya limitado a algunos delitos puntuales -ej. lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, quebrantamiento de las medidas de alejamiento-, y que no se hayan modificado los delitos contra la vida, ni los delitos contra la libertad sexual, ni los delitos de acoso laboral, ni ningún otro en el que las víctimas también son mayoritariamente las mujeres<sup>802</sup>, tal vez porque se considere que estos últimos se encuentran suficientemente penados.

---

<sup>801</sup> Según las estadísticas la mujer representa alrededor del 51% de la población mundial y en más del 75% de los casos de violencia conocidos en el mundo la víctima es del sexo femenino, al efecto vid., ZURITA BAYONA, J.: “La lucha contra la violencia...”, cit., p. 2.

<sup>802</sup> En el mismo sentido vid., MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Violencia de género versus violencia doméstica...”, cit., pp. 63, 64 y 115.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

También es cierto que si bien el art. 87 ter. 4 LOPJ permite al Juez de Violencia sobre la Mujer que si aprecia que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género puede inadmitir ab initio la pretensión remitiéndola al órgano judicial competente, en la práctica al ser la finalidad de la violencia determinante y de difícil prueba, el móvil de discriminación, desigualdad y el mantenimiento de las relaciones de poder se presume inicialmente, debiendo ser en el acto del Juicio Oral donde se determine si concurre o no tal móvil<sup>803</sup>.

Comparto las críticas formuladas a la regulación penal en esta materia de lucha contra este tipo de violencia machista, dado que ya existen mecanismos legales para dar una respuesta penal contundente al problema de la violencia de género a través del delito de amenazas (arts. 169 y ss. CP), de las agravantes genéricas de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), de discriminación por razón de sexo (art. 22.4 CP) o de comisión del delito por razones de género (art. 22.4 CP introducido por la LO 1/2015, de 30 de Marzo)<sup>804</sup>, y a través de la circunstancia mixta de parentesco<sup>805</sup> (art. 23 CP), y

---

<sup>803</sup> En la misma línea vid., MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: Ob. cit.

<sup>804</sup> En el mismo sentido, un sector doctrinal ha entendido que una fórmula más acertada de garantizar la mayor reprochabilidad de estas conductas por el hecho objetivo de la dominación hubiera sido a través de la inclusión de una agravante genérica de machismo o de obrar por motivos discriminatorios (prevista inicialmente durante los trabajos del Proyecto de Ley Integral y rechazada en fase de enmiendas), lo que hubiera evitado los problemas de discriminación en el Derecho penal. Al efecto vid., QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal...”, cit., p. 152; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, p. 92.

<sup>805</sup> No se puede aplicar la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP en relación con este tipo penal ya que resulta inherente a la formulación típica del artículo 153.1 CP (STS 1161/2000, de 26 de Junio).

Se afirma que la relación de afectividad o parentesco prevista en el tipo penal lo convierte en un tipo especial, por lo que no es posible apreciar la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP porque se infrigiría el “non bis in idem” (STS 5-3-2001; SAP Madrid 8-01-2001), y en los casos de “análoga relación de afectividad”, la jurisprudencia exige que la relación sea razonablemente estable (SAP Barcelona de 26-1-2001), que exista una cierta estabilidad o vocación de permanencia en la relación

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

si bien es cierto que LO 1/2004, de 28-12, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género responde al propósito de combatir la violencia de género no se entiende porque los efectos de dicha ley sólo se proyectan sobre el maltrato ocasional y no sobre el maltrato habitual, el homicidio o las lesiones graves y porque se excluye de esa protección reforzada a las mujeres que no son o han sido pareja del maltratador como las hermanas, hijas o madres<sup>806</sup>.

Por otra parte, sigue abierta la polémica de si en la expresión “análoga relación de afectividad” que recoge el tipo penal pueden incluirse las relaciones homosexuales. La jurisprudencia excluía esta posibilidad al considerar que por relación análoga al matrimonio debe entenderse la existente entre personas de distinto sexo que sin haber contraído matrimonio constituyan una relación estable pero tal interpretación puede ponerse en tela de juicio tras las últimas reformas legislativas relativas al matrimonio homosexual<sup>807</sup> sobre todo si se adopta la posición de entender que el tipo penal no exige elemento subjetivo de violencia de género. Aunque incluir los supuestos de violencia de mujer contra mujer choca con la concepción legal de la violencia de género configurada como una manifestación de la discriminación y desigualdad de los hombres sobre las mujeres como se desprende del citado artículo 1 de la LO 1/2004 y por tanto con el espíritu y la finalidad de la norma, sin perjuicio de que la analizada STC 59/2008, de 14

---

sentimental, quedando excluidas las relaciones de mera amistad, o los encuentros coyunturales o esporádicos (SAP Barcelona de 15-3-2004), y aunque es cierto que anteriormente se sostenía que la pareja debía compartir con el matrimonio la afectividad con contenido sexual propia del mismo y una cierta vocación de permanencia en el tiempo de forma que no se incluían entre las parejas de hecho a las relaciones esporádicas y las de corta duración, la redacción del tipo penal ni siquiera exige la convivencia y permite una interpretación laxa de lo que debe entenderse por tal análoga relación de afectividad.

<sup>806</sup> Es cierto que el meollo de la cuestión no debería estar tanto en los sujetos intervinientes sino en la lucha contra una determinada conducta como es la violencia basada en la situación de prevalencia o de dominio. En este sentido, vid., GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Contra el maltrato: ¿protección para todos?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 21, 2008.

<sup>807</sup> La modificación del art. 44 CC operada por la Ley 13/2005, de 1 de Julio, autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

de Mayo, afirme que la interpretación de que el círculo de los sujetos activos del delito del primer inciso del art. 153.1 CP (que utiliza la expresión neutra “el que”) se restringe a los varones no es la única interpretación posible<sup>808</sup>.

Entiendo que la carga de la prueba de este ánimo discriminatorio corresponde a las partes acusadoras conforme a las reglas generales de la prueba en el proceso penal (SSTS de 19 de Julio y 26 de Julio de 2007, y STC de 16 de Enero de 2006)<sup>809</sup> porque lo contrario implicaría una presunción iuris tantum o iuris et de iure de su presencia que resulta intolerable conforme a los principios básicos del Derecho penal, y aunque es cierto que en ocasiones puede ser difícil afirmar cuál es el impulso de la conducta del sujeto activo del delito está es una de las tareas de los jueces en la aplicación diaria del derecho<sup>810</sup>.

---

<sup>808</sup> Cuestión distinta será las parejas con uno o dos miembros transexuales ya que la Ley 3/2007, de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo permite acceder al Registro Civil para rectificar la mención al sexo y cambiar el nombre a aquellas personas a los que se les haya diagnosticado disforia de género y estén médicamente tratadas, al menos, durante dos años, para acomodar sus características físicas a las del sexo reclamado aunque no se hallan sometido a una intervención de reasignación sexual (art. 4). Se recoge que esta rectificación tendrá efectos constitutivos desde su inscripción y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (art. 5). De esta forma la protección por violencia de género se extendería también a estas personas que no tienen un aparato sexual femenino y que jurídicamente son mujeres y como tales figuran inscritas.

<sup>809</sup> En este sentido se pronuncia también la SAP de Valencia, sección 1ª, de 30 de Marzo de 2007.

En cambio otras resoluciones sostienen que corresponde la prueba de que no concurre este ánimo a la parte acusada (SAP de Valencia, sección 1ª, de 15 de Junio de 2007 y SAP de Burgos, sección 1ª, de 26 de Diciembre de 2007).

<sup>810</sup> Sobre la necesidad de probar la situación de prevalencia del hombre sobre la mujer vid., la SAP de Las Palmas, sección 1ª, de 9 de Febrero de 2007, que acertadamente señala que de no exigirse tal prueba el legislador estaría estableciendo una presunción iuris et de iure en contra de reo contraria a su presunción de inocencia y que ni siquiera esa situación de prevalencia se puede configurar como iuris tantum ya que de igual manera se vulneraría ese derecho fundamental.

### *La posición de dominio como fundamento material de aplicación del tipo penal.*

Considero en último término, para finalizar el presente trabajo, que la diferencia de trato punitivo entre los artículos 153.1 y 153.2 CP no es tan flagrante como se ha planteado en las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas en su día, dado que si bien la pena de prisión no es la misma según la víctima sea la esposa/pareja o persona vulnerable que conviva con el autor (prisión de seis meses a un año) o el resto de los miembros de la unidad familiar (prisión de tres meses a un año) -al ser distinta la gravedad de la lesión-, y también la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento difiere en ambos supuestos (en el caso del art. 153.1 CP es de hasta cinco años sin fijación de límite mínimo y en el caso del art. 153.2 CP es de seis meses a tres años), en cambio la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad es idéntica en ambos supuestos y lo mismo ocurre respecto de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, por lo que no existe tanta diferencia para el revuelo suscitado al efecto, teniendo en cuenta la entidad plural del bien jurídico protegido por el art. 153.1 CP y el mayor contenido de injusto del mismo.

Sin olvidar la ineficacia de la regulación penal actual en la prevención de este delito atendidos los resultados fatales acaecidos últimamente en el tiempo<sup>811</sup>, a pesar de la existencia de medios materiales y personales destinados al efecto, lo que debería llevar a replantear el papel que debe jugar el Derecho penal en esta materia<sup>812</sup>.

---

<sup>811</sup> El Informe del CGPJ de 24-6-2004 al Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer ya señalaba que “el citado anteproyecto nace en un contexto de una pluralidad de iniciativas legislativas, que por su corto espacio de vigencia no permite aún valorar su eficacia real para combatir este fenómeno social”. Pasado el tiempo (más de diez años) se puede seguir afirmando que a cada reforma penal en este ámbito le ha seguido un incremento de las cifras de víctimas.

<sup>812</sup> Sobre el papel excesivo que el Derecho penal ha asumido en esta materia, al pretenderse solucionar la desigualdad estructural de las mujeres, la discriminación y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, vid., LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, cit., p. 65.

**BIBLIOGRAFÍA.**

ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Coord. LÓPEZ ARMINIO, V Seminario de estudios jurídicos y criminológicos, Jerez de la Frontera, 1999.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, 2008.

## ***Bibliografía.***

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Dir. PUENTE ALBA, Coords. RAMÓS VÁZQUEZ/SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010.

AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1917.

ALÁEZ CORRAL, B.: “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 12, 2008.

ALASTUEY DOBÓN, M.C.: “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, *La reforma penal entorno a la violencia doméstica y de género*, Coords. BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, Atelier, Barcelona, 2006.

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: Interpretación Jurisprudencial”, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación Jurisdiccional de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de Diciembre. CGPJ.

ALED WILLIAMS: “Nota sobre la violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal penal inglés”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 2, 2005.

ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico?. Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género“, *Estudios*



## ***Bibliografía.***

*Penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Coord. CARBONELL MATEU/ DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de Género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal”, *La Ley*, nº 6998, 2008.

ALONSO SALGADO, C.: “Violencia de género versus violencia doméstica. Aproximación a la problemática conceptual desde la experiencia portuguesa y española”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ÁLVAREZ ROSA M.: “La experiencia mexicana en la regulación de la violencia de género”, *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Coord. LAURENZO COPELLO, Dykinson, Madrid, 2010.

AMELUNG K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004 (en especial, estudio de los aspectos sobre tutela penal y procesal penal en materia de violencia de género de la L.O 1/2004 de 28 de diciembre)”, *la Ley*, nº 6457, 2006.

## ***Bibliografía.***

ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2006.

ANTAL IMOLA, ADORJANI JULIA, DAVID-KACSO, A. y LASZLO EVA: “Las mujeres víctimas de violencia doméstica: análisis del sistema de justicia penal en Rumania”, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Directora BODELÓN ENCARNA, Didot, Buenos Aires, 2012.

AÑÓN ROIG, M.J. y MERINO SANCHO, V.M.: “Concepto de Violencia de Género tras seis años de la Ley Orgánica 1/2004”, *La prevención y erradicación de la violencia de género: Un estudio multidisciplinar y forense*, Coord. MARTÍNEZ GARCÍA/VEGAS AGUILAR, Aranzadi, Pamplona, 2012.

AÑÓN ROIG, M.J. y MESTRE MESTRE, R.: “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T.: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “Sistema de tutela de las víctimas de violencia de género en Portugal”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coord.

## *Bibliografía.*

CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Madrid, 2005.

ARIAS EIBE, M.J.: “La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal”, *La Ley-Actualidad*, XXXII, 2001.

ARMERO VILLALBA, S.: “Tratamiento legal en España del maltrato familiar”, *El maltrato familiar en Derecho Comparado, Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*, Madrid, 2001.

ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

ARROYO ZAPATERO, L.: “La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español”, *Libro homenaje a María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Director MUÑOZ CONDE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

AZAGRA MALO, A. y FARNÓS AMORÓS, E.: “La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 4, Barcelona, 2006.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, 2ª Edición, Madrid, 1991.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: “Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1999.

## *Bibliografía.*

BENDEZÚ BARNUEVO, R.F.: “La violencia contra la mujer en el Perú: Una perspectiva jurídico-penal”, Trabajo fin de Master, Directora ELÓSEGUI ITXASO, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2012.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J.: *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004.

BERBELL, C.: “La violencia doméstica en el mundo”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M.: *La Reforma Penal de 1989*, Madrid, 1989.

BERISTAIN IPIÑA, A.: “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal español y comparado”, *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, 1971.

BERNAL VALLS, J.: “Deber de Declarar y Derecho al Silencio en la Prueba Testifical del Proceso Penal”, CGPJ, *Revista del Poder Judicial*, nº 5, 1987.

BODELÓN GONZÁLEZ, E., BONET ESTEVA, M., GARRIDO JIMÉNEZ, L., HEIM, D. y IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)”, *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Coords. NICOLÁS LAZO/BODELÓN GONZÁLEZ/BERGALLI/RIVERA BEIRAS, 2009.

BOIX REIG, J.: *La Reforma Penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

## ***Bibliografía.***

BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *Diario La Ley*, nº 6146, 2004.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia de doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09, 2007.

BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V.A.: “Sumisión y obediencia al marido: el ideario de la Sección Femenina”, *Arenal: Revista de historia de mujeres*, Vol. 11, nº 1, 2004.

BUEREN RONCERO, J.L.: “Violencia habitual en el ámbito familiar. Apuntes para una reforma de los tipos penales y de las medidas cautelares”, *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, I, 1998-1999, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

BUSTOS BOTTATI, R.: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006.

CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil, Síntesis y Ordenación de la Doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2013.

## ***Bibliografía.***

CABRERA GARATE, R.: “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº II, 2006.

CABRERA GRANERO, S., ABADÍA MARTÍNEZ, J.E. y MORENO RODADO, A.: “Mujer y violencia de género: un acercamiento a las leyes de protección de la mujer en el ámbito europeo”, IV Congreso virtual sobre historia de las mujeres (15-31 Octubre de 2012), [www.revistacodice.es](http://www.revistacodice.es), 2012.

CABRERA MERCADO, R.: “Aspectos esenciales de la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de violencia contra la mujer en Italia”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

CABRERA MERCADO, R.: “El derecho a no denunciar y a no declarar por razón de parentesco. Problemas de interpretación y aplicación en casos de violencia de género”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÁS GÓMEZ, F.: “Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 20, 2008.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista Penal*, nº 6, 2000.

CAMPOS CRISTOBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005.

## ***Bibliografía.***

CARAZO JOHANNING, A.T. y JURI, M.M.: “El tratamiento de la violencia doméstica en los Estados Unidos: visión histórica y aspectos procesales”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999.

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Coord. VIVES ANTÓN, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: “Violencia habitual en el ámbito familiar”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Edición, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Edición, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: “Violencia habitual en el ámbito familiar”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Valencia, 1999.

CASTELLÓ NICAS, N.: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Coord. MORILLAS CUEVA, Madrid, 2002.

CASTELLÓ NICAS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2”, *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coord. CARBONELL MATEU, Madrid, 2006.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la mujer que sufre violencia de género”, *Revista de Derecho Penal*, nº 26, 2009.

## *Bibliografía.*

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECRIM a debate”, *La respuesta penal a la violencia de género, Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coords. RAMOS VÁZQUEZ y SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Problemas que plantea la actual aplicación de la ley integral”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación, La Ley-Actualidad*, Madrid, 2011.

CATALINA BENAVENTE, M.A.: “¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?”, *La respuesta penal a la violencia de género, Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coords. RAMOS VÁZQUEZ y SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010.

CATALINA BENAVENTE, M.A.: “La denuncia en los casos de violencia de género”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General: Introducción (I)*, Tecnos, Madrid, 2004.

CERVELLÓ DONDERRIS, V.: “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, *Poder Judicial*, nº 33, 1994.

CHACÓN ALONSO, M.T.: “Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECRIM”, CGPJ, Escuela Judicial, Curso de formación de Jueces, Unificación de criterios entre



## ***Bibliografía.***

Audiencias Provinciales y Juzgados con competencias en violencia sobre la mujer, Madrid, 2012.

CHICANO JÁVEGA, E., SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, C., y otros: *Legislación sobre violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2007.

COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Edición, Valencia, 1999.

COLÁS TURÉGANO, A.: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Director ORTS BERENGUER, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: "La discriminación positiva en el ámbito penal", *Manuales de Formación Continuada*, nº 35, CGPJ, Madrid, 2006.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

## ***Bibliografía.***

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “Las relaciones personales con la víctima en las lesiones”, *Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Privado*, Tomo V, Volumen 2, Madrid, 1985.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal Comentado*, 3ª Edición, Barcelona, 2010.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, *La Violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001.

CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Pons, Madrid, 2000.

CUADRADO RUIZ, M.A y REQUEJO CONDE, C.: “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”, *La Ley*, nº 5072, 2000.

CUELLO CONTRERAS, J.: “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XXXIV, 1981.

CUELLO CONTRERAS, J.: “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, *Poder Judicial*, nº 32, 1993.

## ***Bibliografía.***

CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, *Estudios Penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*, Coord. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005.

CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: “El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación”, *La Ley*, nº 4, 1991.

CUERDA ARNAU, M.L.: “El denominado delito de apología del genocidio: Consideraciones constitucionales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999.

DE HOYOS SANCHO, M.: “Nuevas tendencias en la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género”, *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Coords. ARANGÜENA FANEGO y SANZ MORÁN, Lex Nova, Valladolid, 2008.

DE HOYOS SANCHO, M.: “Aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de la violencia doméstica en Alemania”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

DE HOYOS SANCHO, M.: “Principales elementos de la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de violencia doméstica en Austria”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Coord. CABRERA MERCADO, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

DE HOYOS SANCHO, M.: “Las medidas de protección de las víctimas de violencia de género desde el ámbito jurisdiccional civil en los ordenamientos alemán y austriaco”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES,

## ***Bibliografía.***

Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “El concepto de “violencia de género” de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012.

DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE LAMO RUBIO, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J.: *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*, Bosch, Barcelona, 2002.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada*, nº 3, CGPJ, Madrid, 1999.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “La Ley orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1992.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: Legislación vigente y propuesta de reforma”, Congreso violencia doméstica, CGPJ, 2003.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “La política criminal contra la violencia doméstica. ¿Alguien da más?”, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, Coords. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2005.

## ***Bibliografía.***

DE SANDE BUSTAMANTE, M.M.: “La violencia de género en la literatura y en la historia de España”, *La imagen de la mujer y su proyección en la literatura, la sociedad y la historia*, Coord. GONZÁLEZ DE SANDE, 2010.

DÍAZ CABIALE, J.A.: “La admisión y práctica de la prueba en el Proceso penal”, *Cuadernos del CGPJ*, Premio “Poder Judicial“ 1992, Madrid, 1991.

DIAZ REVORIO, F.J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los Delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DIEZ RIPOLLES, J.L.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Coord. DIEZ RIPOLLÉS/GRACÍA MARTÍN, Valencia, 1997.

DIEZ RIPOLLES, J.L.: “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia, Información y debate*, nº 30, 1997.

DIEZ RIPOLLES, J.L.: “El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, 1998.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: “Principio de igualdad y aspectos penales de la Ley Integral contra la violencia de género”, *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Coords. FERNÁNDEZ PANTOJA/CRUZ BLANCA, Jaén, 2007.

DOMÍNGUEZ NARANJO, M.C.: “El bien jurídico protegido del artículo 153 del Código Penal”, *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *La Ley*, nº 7327, 2010.

## ***Bibliografía.***

DOLCINI, E. y MARINUCCI, G.: *Codice Penale Commentato, Parte Speciale*, Ipsoa, Milán, 1999.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 57, 2004.

ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *Diario La Ley*, nº 6428, 2006.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: “La constitucionalidad de la regulación penal de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2010.

ERICE MARTÍNEZ, E.:” La retractación de la denunciante en la aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La valoración del daño en la víctimas de la violencia de género*, CGPJ, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007.

ERICE MARTÍNEZ, M.A.: “El elemento finalístico en los delitos de violencia de género. Alcance del artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género*, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 7, CGPJ, Madrid, 2011.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECRIM)”, *Diario La Ley*, nº 7301 y 7302, 2009.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: “La violencia de género en Alemania”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

## *Bibliografía.*

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba en el proceso de violencia de género”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: “Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales”, *La Ley*, nº 6289, 2005.

FACHAL NOGUER, N.: “Constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal”, *El Derecho*, 2006.

FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2204, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006.

FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLE RAMÓN, A.M.: *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: Un enfoque actual práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERNÁNDEZ PÉREZ, P.: “Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. CATALINA BENAVENTE, La Ley, Madrid, 2011.

FERRER BARQUERO, R.: “Aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y reincidencia”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Directora ROIG TORRES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERRERO HIDALGO, F. y RAMOS REGO, M.A.: *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Bosch, Barcelona, 1998.

FUENTES OSORIO, J.L.: “El artículo 513.1 CP: ¿tipo atenuado?”, *InDret*, nº 4, Barcelona, 2014.

## ***Bibliografía.***

FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6362, 2005.

FUENTES SORIANO, O.: “Acciones positivas, tutela penal y tutela judicial en la ley integral”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009.

GALÁN MUÑOZ, A.: “De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. NUÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2011.

GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J.: “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”, *Actualidad Penal*, nº 16, 1999.

GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Contra el maltrato: ¿protección para todos?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 21, 2008.

GARCÍA ALBERO, R.: “Las perspectivas de género en Derecho Penal. Algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. III, 2004.

GARCÍA ALVÁREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios*



## ***Bibliografía.***

*con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*), Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ARAN, M. y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, Marcial Pons, 2004.

GARCÍA DOMINGUEZ, A.: “Bases psico-sociales del sexismo y la violencia de género: Una perspectiva histórica y de género desde un punto de vista masculino“, *Revista de trabajo y acción social*, nº 31, 2004.

GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Sobre la denominada violencia de género”, *ABC*, 28 de Mayo de 2008.

GAVARA DE CARA, J.C.: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

GIL AMBRONA, A.: “La violencia contra las mujeres en la historia: algunas reflexiones metodológicas”, *Historia, antropología y fuentes orales*, nº 39, 2008.

GIL GONZÁLEZ, A.J.: “Violencia doméstica: una larga historia”, *Clío: Revista de historia*, nº 88, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la décima edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la decimocuarta edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2008.

GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº V, 2001.

## ***Bibliografía.***

GIMÉNEZ GLUCK, D. y VALDECABRES ORTIZ, I.: “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

GÓMEZ BRAVO, G.: “La violencia y sus dinámicas: crimen y castigo en el siglo XIX español”, *Historia social*, nº 51, 2005.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Visión general sobre la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?, consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004.

GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos de delito de malos tratos”, *Revista Penal*, nº 6, 2000.

GÓMEZ RIVERO, C.: “El presunto injusto de los delitos contra la violencia de género”, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. NUÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ

## ***Bibliografía.***

COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La doctrina constitucional en materia de delitos de violencia de género”, *Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia*, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 49, CGPJ, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ MINGUEZ, C.: “Sobre historia de las mujeres y violencia de género”, *Clío & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, nº 5, 2008.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Bien jurídico y constitución (Bases para una teoría)*, Bolonia, 1983.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Las lesiones”, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Dir. COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dir. COBO DEL ROSAL, Madrid-Barcelona, 2000.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Coords. CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ, Dykinson, Madrid, 2006.

GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996.

GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Coord. DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GRACÍA MARTÍN, L.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Coord. DÍEZ RIPOLLÉS/GRACÍA MARTÍN, Valencia, 1997.

GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. y SANJURJO RIVO, V.A.: “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, *La Violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Directores RODRÍGUEZ CALVO/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Coord. GUINARTE CABADA/MUÑOZ BARÚS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Retractación de una víctima en un caso de violencia de género: análisis de la sentencia TS de 25 de enero de 2008”, *La Ley Penal*, nº 53, 2008.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 779, 2009.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El “nuevo” elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTs de 8 de junio y de 24 de noviembre de 2009”, *La Ley Penal*, nº 72, 2010.

GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Dirs. RODRÍGUEZ CALVO/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Coords. GUINARTE CABADA/MUÑOZ BARÚS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Unos breves comentarios a la STC de 14 de mayo de 2008 que declara la constitucionalidad del art. 153.1 CP”, Sepín, 2008.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Bosch, Barcelona, 2010.

HASSEMER W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973.

## ***Bibliografía.***

HASSEMER, W.: “Crisis y características del moderno Derecho penal”, *Actualidad penal*, 1993.

HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal y la criminología*, Valencia, 1989.

HENAR HERNANDO GARCÍA, R.M.: “El polémico bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género”, *Violencia de género como fenómeno criminal específico. Específica referencia a los programas de tratamiento de delincuentes sexuales y de violencia de género*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 14, CGPJ, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género*, CGPJ, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Director HERNÁNDEZ GARCÍA, CGPJ, *Manuales de Formación Continuada*, nº 51, 2009.

HERRERO TEJEDOR ALGAR, F.: “La orden de protección”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

HERRERO YUSTE, M.: “Violencia de género y artículo 416 de la LECRIM”, *La Ley Penal*, nº 24, 2006.

## ***Bibliografía.***

HESTER MARIANNE.: “A través del sistema penal: la experiencia de las mujeres en Inglaterra”, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Directora BODELÓN ENCARNA, Didot, Buenos Aires, 2012.

HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992.

HURTADO POZO, J.: “La protección de las víctimas de la violencia de género en Suiza y en Francia”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Coord. MUERZA ESPARZA, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

JÄGER H.: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

JORGE BARREIRO, A.: “La violencia doméstica y los límites de la intervención del Derecho Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1999.

LAMAS LEITE, A.: “La Violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del derecho penal y procesal portugués”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2003.

## ***Bibliografía.***

LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y Violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

LARRAURI PIJOAN, E.: “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009.

LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, nº 1, Barcelona, 2009.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LX, 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, Serta: in memoriam Alexandri Baratta, Coord. PÉREZ ÁLVAREZ, 2004.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley integral. Valoración Político Criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08, 2005.

LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 2, 2005.

LAURENZO COPELLO, P.: “La lucha contra la violencia de género en la reciente legislación española”, *Revista de Derecho penal*, nº 16, 2006.

LAURENZO COPELLO, P.: “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y derecho*, Coord. CERVILLA GARZÓN/FUENTES RODRÍGUEZ, Cádiz, 2006.

## ***Bibliografía.***

LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4, 2006.

LAURENZO COPELLO, P.: ”Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 9, 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y derecho*, Coord. LAURENZO COPELLO/ MAQUEDA ABREU/ RUBIO CASTRO, Tirant lo Blanch, 2008.

LAURENZO COPELLO, P.: ”Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.

LAURENZO COPELLO, P.: “Criterios para la interpretación y aplicación de las figuras relativas a la violencia de género”, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, D.L, Madrid, 2009.

LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Ensayos de Derecho Penal, Madrid, 2010.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres“, *Un derecho penal comprometido, Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.



## ***Bibliografía.***

LÓPEZ MORA, F.: “Violencia, género e historia. Claves conceptuales y canteras documentales”, *Violencia y género: Congreso internacional* 9, 10 de marzo de 2001, Coord. ADAM MUÑOZ/PORRO HERRERA, Córdoba, 2003.

LORENTE ACOSTA, M.: “Síndrome de Maltrato a la Mujer”, *Cuadernos de Medicina Forense*, nº 14, 1998.

LORENTE ACOSTA, M.: *Mi marido me pega lo normal*, Ed. Crítica, Barcelona, 2003.

LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J.A.: *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Comares, Granada, 1998.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: “Necesidad de una justicia especializada en violencia de género: especial referencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho UNED*, nº 4, 2009.

LUIS SALAS y CARAZO JOHANNING, A.T.: “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

MACHADO RUIZ, M.D.: “La perspectiva de género en Derecho Comparado”, *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Coord. LAURENZO COPELLO, Dykinson, Madrid, 2010.

MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la violencia de género (Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. Enfoque multidisciplinar del problema)*, Montecorvo, Madrid, 2007.

## ***Bibliografía.***

MAGRO SERVET, V.: “La sociedad española ante el reto de la mujer maltratada (Análisis del estado actual de la cuestión con respecto a la situación actual de la legislación en lo que se denomina la violencia doméstica o maltrato a las mujeres)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 364, 1998.

MAGRO SERVET, V.: “La violencia contra las mujeres: situación actual y reformas propuestas”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

MAGRO SERVET, V.: “Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica”, *La Ley*, nº 5914, 2003.

MAGRO SERVET, V.: “El auto del Tribunal Constitucional 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, nº 6088, 2004.

MAGRO SERVET, V.: “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECRIM): ¿es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, nº 6333, 2005.

MAGRO SERVET, V.: “El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción”, *Diario La Ley*, nº 6421, 2006.

MAGRO SERVET, V.: “Consecuencias jurídicas de la no advertencia del derecho a no declarar (art. 416 LECRIM) en la violencia de género”, Sepin, 2008.

MAGRO SERVET, V.: “Consecuencias de la no advertencia del derecho a no declarar y denunciar (arts. 261 y 416 LECRIM) (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007)”, *La Ley Penal*, nº 57, 2009.

MAGRO SERVET, V.: “Negativa de las víctimas a declarar contra sus agresores”, Sepin, 2009.

## ***Bibliografía.***

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal: algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)”, *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Coords. MARTÍNEZ FRANCISCO/GARCÍA-PABLOS DE MOLINA/MIRANDA DE AVENA, Comares, Granada, 2009.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo: ¿Quién decide?. (A propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el art. 148.4 CP)”, *La Ley*, nº 13573, 2010.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, *El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8-02, 2006.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Género, violencia y derecho*, Coord. LAURENZO COPELLO/ MAQUEDA ABREU/ RUBIO CASTRO, Tirant lo Blanch, 2008.

## ***Bibliografía.***

MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Directora PUENTE ALBA, Coord. RAMOS VAZQUEZ/SOUTO GARCÍA, Comares, Granada, 2010.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

MARTÍN RÍOS, M.P.: “Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de la violencia de género: análisis de la jurisprudencia española”, *Revista General del Derecho Procesal*, nº 15, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo”, *Asparkía: Investigación feminista*, nº 24, 2013.

MARTÍNEZ LEÓN, M., TORRES MARTÍN, H., MARTÍNEZ LEÓN, C., QUEIPO BURÓN, D., y DE LA FUENTE SANZ, M.: “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2010.

## ***Bibliografía.***

MARX M.: *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, Köln, 1972.

MATA Y MARTÍN, R.M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006.

MATA Y MARTÍN, R.M.: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MAYER, M.E.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª Edición, Heidelberg, 1923.

MAYORDOMO RODRIGO, V.: *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Universidad del País Vasco, col. *Derecho*, nº 15, Bilbao, 2003.

MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto. La introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 3, 2005.

MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal: La influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, *Estudios sobre la Tutela penal de la Violencia de Género*, Directora NÚÑEZ CASTAÑO, Valencia, 2009.

MERINO SANCHO, V.: “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer”, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad de Valencia, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 24, 2007.

MERINO SANCHO, V.: “La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos: la labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 22, 2008.

## ***Bibliografía.***

MERINO SANCHO, V.: “Mujer, inmigración y violencia(s). La violencia de género sobre mujeres extranjeras en situación administrativa irregular en el ordenamiento jurídico español”, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, *Colección Estudis*, Valencia, 2012.

MERINO SANCHO, V.: *Mecanismos internacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos de las Mujeres. Especial referencia a la violencia contra las mujeres*, Colección “La llave”, nº 7, Madrid, 2012.

MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1967.

MIR PUIG, S.: “Objeto del delito”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, Barcelona, 1982.

MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, 2004.

MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTÍNEZ, G.: “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 77, 2010.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

## ***Bibliografía.***

MOLINA BLÁZQUEZ, C.: “La legislación penal ante la violencia en el contexto familiar”. VI Jornadas: Orientación familiar. Universidad pontificia de Comillas, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 1999.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009.

MOLINA GIMENO, F.J.: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6818, 2007.

MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J.A.: “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, nº 9, 2000.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional. Premio “Rafael Martínez Emperador” 2003*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2004.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005.

MONTERO AROCA, J. y MARTÍNEZ GARCIA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Universitat Jaume I, *Colección Estudios Jurídicos*, nº 13, Castellón de la Plana, 2007.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis Criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 2003.

MUERZA ESPARZA, J.J.: “Tribunal Constitucional y violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 758, 2008.

## ***Bibliografía.***

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Edición, Valencia, 1999.

MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal”, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor VALLE MUÑIZ*, Coord. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2001.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Valencia, 2007.

NAVARRO VILLANUEVA, C.: “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

NINO, C.S.: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

NUÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Director MUÑOZ CONDE, Valencia, 2008.



## ***Bibliografía.***

NUÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010.

NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981.

OLAIZOLA NOGALES, I.: “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXX, 2009.

OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, Barcelona, 2001.

OLMEDO GAYA, A.I.:” El sistema de tutela ante la violencia de género: aspectos jurídicos y políticos”, *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. JIMÉNEZ DÍAZ, Dykinson, 2009.

ORLANDI RENZO.: “Protección procesal de las víctimas de la violencia de género en Italia”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

ORTEGA CALDERÓN, J.L.: “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, nº 6820, 2007.

## ***Bibliografía.***

OSBORNE VERDUGO, R.: “De la “violencia” (de género) a las “cifras de violencia”: una cuestión política”, *Empiria*, nº 15, 2008.

OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La orden europea de protección: realidad o ilusión”, *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, La Ley, Madrid, 2011.

PACHECO, J.F.: *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, 1887.

PAGLIARO, A.: *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, Studi in onore de F. Antolisei, 1965.

PELAYO LAVÍN, M.: “¿Es necesaria una reforma del artículo 416 LECRIM para luchar contra la violencia de género?”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director HOYOS SANCHO, Valladolid, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, E.: “¿Qué puede hacer el Derecho penal contra la violencia de género?”, *Debate, Revista de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 2, 2008.

PÉREZ ALONSO, E.J.: “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.

PÉREZ CEBADERA, M.A.: “Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Universitat Jaume I, *Colección Estudios Jurídicos*, nº 13, Castellón de la Plana, 2007.

PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010.

## ***Bibliografía.***

PERRON WALTER.: “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la república federal alemana”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, *Estudis Jurídics*, nº 13, Castellón, 2007.

PIERRE BOURDIEU.: *La Dominación masculina*, Edicions 62, Barcelona, 2000.

PIÑEIRO ZABALA, I.: “Los denominados testigos de referencia en los delitos de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7581, Sección Tribuna, 2011.

POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.

POLAINO NAVARRETE, M.: “Maltrato a cónyuge o hijos menores”, *Estudios Penales*, Córdoba, 1988.

POLAINO NAVARRETE, M.: “La Ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Coord. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Comares, Granada, 2008.

POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, 2008.

PÓRFILO TRILLO NAVARRO, J.: “Bienes jurídicos protegidos y mantenimiento de la falta del artículo 620 del Código Penal en la Ley de protección integral de la mujer”, *La Ley*, nº 6793, 2007.

## ***Bibliografía.***

PUENTE ALBA, L.M.: *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

PULIDO QUECEDO, M.: “Sobre la violencia doméstica. (Nota en torno a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, Pamplona, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, nº 6420, 2006.

QUINTERO OLIVARES, G.: “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº III, 1989.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La ley penal y la violencia de género”, *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Directora ROIG TORRES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009.

RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013.

## ***Bibliografía.***

RAMÓN RIBAS, E., ARROM LOSCOS, R. y NADAL GÓMEZ, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. y FACHAL NOGUER, N.: “La tutela penal y judicial en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones problemáticas”, *Política criminal y reformas penales*, Dir. FARALDO CABANA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

REQUERO IBAÑEZ, J.L.: “Ley orgánica integral de violencia sobre la mujer y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 4, 2004.

REY MARTÍNEZ, F.: “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 14, UNED, 2004.

REY MARTÍNEZ, F.: “La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, *Tutela jurisdiccional frente la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Coord. HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la protección de la mujer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005.

## ***Bibliografía.***

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “La violencia de género en Italia”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 46, 2010.

RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “El delito de tratos degradantes cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Poder Judicial*, nº 62, 2011.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C. y VALMAÑA OCHAÍTA, S.: *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Universidad de Deusto, 2000.

ROIG TORRES, M.: “La delimitación de la “violencia de género”: un concepto espinoso”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012.

ROMEO CASABONA, C.M.: “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

ROMEO CASABONA, C.M.: *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROXIN, C.: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: “Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer”, *Boletín de Información*, nº 2049, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

## ***Bibliografía.***

RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 31, 1991.

RUEDA MARTÍN, M.A.: *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Colección familia y derecho, Madrid, 2012.

RUIZ MIGUEL, A.: “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, nº 55, 2006.

RUIZ VADILLO, E.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1997.

RUIZ VADILLO, E.: “La sociología jurídica. La sociedad, determinadora de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal”, *Eguzkilore*, nº 13, 1999.

SALA SÁNCHEZ, P.: “La Constitucionalidad del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 del Código Penal: síntesis de la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Dirs. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER, Coord. CUERDA ARNAU, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

SÁNCHEZ CONDE, M.A.: “Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, nº 6989, 2008.

## ***Bibliografía.***

SÁNCHEZ SISCART, J.M.: “El elemento finalístico en el delito de maltrato del art. 153 CP en relación con el art. 1 de la Ley de Violencia de Género”, *Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 49, CGPJ, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ YLLERA, I.: “El maltrato no habitual en pareja agravado por razón de género”, *Unificación de criterios entra Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en violencia sobre la mujer, Cuadernos Digitales de Formación*, nº 12, CGPJ, Madrid, 2012.

SANDE MAYO, M.J.: “La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja: experiencia en Francia”, *Violencia de género y Justicia*, Directora CASTILLEJO MANZANARES, Coord. ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

SAN JOSÉ GONZÁLEZ, A.: “Violencia de género y cooperación judicial en la Unión Europea”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SANTOS ALONSO, J.: “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal italiano”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005.

SANZ MORÁN, A.J.: “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho penal*, nº 11, 2004.

SANZ MORÁN, A.J.: “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, *Tutela jurisdiccional frente la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Coord. HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SCHIAVANO, G.: “Artículo 572”, *Commentario breve al Codice Penale*, Dir. CRESPI/STELLA/ZUCCALA, Cedam, 3ª Edición, Milán, 1999.



## ***Bibliografía.***

SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª Edición, Madrid, 1999.

SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª Edición, Madrid, 2001.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª Edición, Madrid, 2006.

SERRANO MASIP, M.: “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Directora DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SIBONY, R., SERRANO, M.A., y REINA, O.: *Proceso penal práctico en la Ley integral contra la violencia de género: estatuto integral de la víctima de violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 2001.

SINA P.: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, Basel, 1962.

SOLÉ RAMÓN, A.M.: “¿Es la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un nuevo elemento del tipo en los delitos de violencia de género?”, *La Ley*, nº 7347, 2010.

SOLÉ RAMÓN, A.M.: “La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7353, 2010.

## ***Bibliografía.***

SOTO NIETO, F.: “Discriminación, desigualdad y relación de poder en la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6603, 2006.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Artículo 153”, *Comentarios al Código penal*, Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, Coord. JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.

SUÁREZ LÓPEZ, B.: “¿Existe el bien jurídico-penal en el siglo XXI?”, *La Ley Penal*, nº 63, 2009.

SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 5ª Edición, Navarra, 2008.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.: “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12-05, 2010.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La Reforma de los Delitos de Lesiones*, Barcelona, 1990.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 153”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, Coord. VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De las lesiones”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª Edición, Coord. QUINTERO OLIVARES, 2011.

## ***Bibliografía.***

TAMARIT SUMALLA, J.M. y GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, Coord. MORALES PRATS, 9ª Edición, Pamplona, 2011.

TARDÓN OLMOS, M.: “Elementos objetivos y subjetivos, en su caso, en los delitos de violencia de género”, Curso: Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género, CGPJ, Madrid, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.: “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63, 1981.

TORRES DÍAZ, M.C.: *Las otras. Género, sujetos e igualdad en la ley integral*, Centro de estudios sobre la mujer, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2009.

VALMAÑA OCHAÍTA, S.: “La respuesta penal a la violencia contra las mujeres. El delito de malos tratos del artículo 153 del Código Penal español”, *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, 2011.

VELASCO NUÑEZ, E.: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en Derecho Comparado”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.I.: *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VIEIRA MORANTE, F.J.: “El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código Penal de 1995 e influencia de la ley del tribunal del jurado”, *Delitos contra la Administración de Justicia*, CGPJ, 1997.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-12, 2007.

## ***Bibliografía.***

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual, y a los modelos de abordaje normativo”, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Coord. VILLACAMPA ESTIARTE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VITARELLI, T.: “¿Maltrattamenti mediante omissione?”, RIDPP, 1998.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1996

VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 16, 2005.

VUELTA SIMÓN, S.: “Elementos del trato de la violencia doméstica en Francia”, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2005.

WALTER HANACK, E.: *Zur Revision des Segualstrafrechts in der BRD*, Reinbeck, 1968.

WELZEL. H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª Edición, Berlín, 1969.

ZOCO ZABALA, C.: “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad formal y material: sentencias del tribunal constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 20, Pamplona, 2008.

ZULGADÍA ESPINAR, J.M.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Valencia, 2004.

ZURITA BAYONA, J.: “La lucha contra la violencia de género”, *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, nº 9, 2013.