

TRABAJO FIN DE GRADO

ESTUDIO JURISPRUDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.



Autora: Joana López Jacobo
Tutor: Raphael Rene Simons Vallejo
Grado en Derecho
Faculta de Ciencias Sociales y Jurídicas de
Elche Universidad Miguel Hernández de Elche



ÍNDICE

1. Introducción.
2. Concepto de violencia de género y violencia doméstica: perspectiva socio jurídica.
3. Evolución Legislativa.
4. La polémica existente en la aplicación del artículo 153 del código penal: ánimo machista o dominación del hombre.
5. Delito de maltrato habitual y maltrato singular.
 - 5.1 Delito de maltrato singular.
 - 5.2 Delito de maltrato habitual.
6. La agravante genérica de género (art. 22.4 CP).
 - 6.1 La nueva agravante genérica de género (art. 22.4 CP).
7. Conclusión.
8. Bibliografía.



ABREVIATURAS

CP	Código Penal.
LO	Ley orgánica.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Núm.	Número.
Pág.	Página.
Art.	Artículo.
MF	Ministerio Fiscal.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo



1. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo trata sobre la Violencia de género y la violencia doméstica, que tiene como principal objetivo el análisis de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El término que más se emplea es el de violencia doméstica, este tipo de violencia engloba todo tipo de acciones violentas que son ejercidas sobre la pareja, los menores, los ancianos o cualquier otro miembro de la familia que conviviere con el actor. Tras la aparición de la Ley 1/2004, se contemplan dos tipos de violencia que son los que se van a abordar en este trabajo:

- La violencia de género, que es la que realiza el varón frente a la mujer que esté o no ligado a ella, sin necesidad de matrimonio o relación análoga, además de ausencia de convivencia.
- La violencia doméstica, que es el maltrato producido en el ámbito de una relación familiar, consiste en agresión física o coacción hacia la persona, que puede ser tanto el cónyuge, como los hijos, es decir, puede ser cualquier miembro de la familia que conviva con él.

Empecé, haciendo un análisis diferenciando los conceptos de violencia de género y violencia doméstica y una vez hecho eso, la conexión que existe entre estos dos delitos.

Posteriormente, hice un estudio con la regulación penal de ambos grupos de delitos. Además, se hizo una referencia a las modificaciones llevadas a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal con respecto a los delitos de violencia de género y la violencia doméstica. En lo que se refiere a la LO 1/2015 haré mención del Artículo 153 del Código Penal que tiene una relación entre ambos delitos.

Luego hice un análisis de las resoluciones de determinados problemas relacionados con la aplicación de los delitos relativos a la violencia de género y la violencia doméstica, es decir, los problemas que surgieron acerca de la

constitucionalidad de la LO 1/2004, y, también, cómo el Tribunal Supremo ha interpretado estos delitos, es decir, cómo resolvió los problemas que iban apareciendo con respecto a los delitos de violencia de género y violencia doméstica.

Y también haré una distinción entre delito de maltrato habitual con los delitos de maltrato singular, haciendo un análisis en profundidad sobre su normativa, los bienes jurídicos protegidos de cada delito, su regulación en la ley y las penas que se establecen.

Para concluir, hablaremos sobre la agravante genérica de género, que podemos ver que se van produciendo nuevas reformas y, también, haremos una distinción y comparación entre la agravante genérica de discriminación por razón de sexo con la discriminación por razón de género, cómo la legislación los define y los introduce en los hechos delictivos.

2. CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA.

En primer lugar, vamos a hacer un análisis sobre la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde se tendrá en cuenta como objeto de dicha Ley, el primer apartado del primer artículo, que dice lo siguiente¹:

Ley 1/2004, Artículo 1.1: «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.»

¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

Por lo tanto, esta Ley lo que nos está queriendo decir es que la violencia de género se manifiesta como una desigualdad que existe en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres, por el hecho de serlo, por parte de los hombres. Este tipo de violencia no exige que haya una relación íntima, matrimonial entre el hombre y la mujer, y, a diferencia de la violencia doméstica, no requiere convivencia para que surja este tipo de violencia.

Además de los motivos que expone, esta Ley 1/2004 también menciona recomendaciones de los organismos internacionales anteriores a la Ley 1/2004, donde coge como ejemplo, “la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer de 1993 proclamada por la Asamblea General”, “la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995, celebrada en Pekín”.

La Ley 1/2004 recoge definiciones de manera menos amplia con respecto a la violencia de género; por eso vamos a comentar de estas organizaciones que hemos mencionado anteriormente, ya que estas tienen una definición más amplia de la violencia de género.

Respecto a la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, que se proclamó en 1993 por la Asamblea General, recoge los siguientes artículos con respecto a la violencia de género²:

Su primer artículo, dice así: “A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende 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. (Asamblea General, 1993, pág. 2).”

En cuanto al segundo artículo: «Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

² Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Actualmente Asamblea General de 1993.

A) La violencia física, sexual o 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;

B) La violencia física, sexual o psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual 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, dondequiera que ocurra (Asamblea General, 1993, pág. 2-3).»

En relación con la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995, celebrada en Pekín, fue donde se generalizó la violencia contra las mujeres como violencia de género, siendo aceptado de manera mundial. Siguiendo con la IV Conferencia de Mujeres en 1995, en su página 51, párrafo 112 y 113, recoge lo siguiente³:

«La violencia contra la mujer impide que se logren los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. Dicha violencia viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La inveterada incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades en los casos de violencia contra la mujer que es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto. Desde la Conferencia de Nairobi se han ampliado el conocimiento de las causas, las consecuencias y el alcance esa violencia, así como las medidas encaminadas a ponerle fin. En todas las sociedades las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clases y cultura. La baja condición social y económica de la mujer puede ser tanto

³ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. Actualmente como IV Conferencia de Mujeres en 1995.

una causa como una consecuencia de la violencia de que es víctima. (IV Conferencia de Mujeres en 1995, pág. 51, párrafo 112).

La expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basada en el género que tiene como resultado posible o real daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas:

- a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra. (IV Conferencia de Mujeres en 1995, pág. 51-52, párrafo 113).»

Por tanto, podemos contemplar como ambas organizaciones que hemos mencionado anteriormente nos han dado una definición de manera más o menos general, global de lo que es la violencia de género, es decir, cómo toda acción que se realiza sobre la base del sexo femenino o género; que a diferencia de la Ley 1/2004, no establece un límite a los sujetos políticos que participen en un acto de violencia de género.

En segundo lugar, con respecto a la violencia doméstica, haremos un pequeño hincapié a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección

de las víctimas de la violencia doméstica, donde se crea un instrumento legal, que es la orden de protección para proteger a las víctimas.

En dicha orden de protección se permite adoptar tanto medidas penales, como civiles y sociales de forma inmediata, además, dicha orden puede ser solicitada tanto por la víctima como por un pariente, el fiscal o el juez.

Con respecto a la ley⁴, haciendo una abreviación del artículo segundo de esta ley, tiene como principios: la protección de la víctima y su familia frente al agresor. La orden de protección será establecida por el juez de oficio o a instancia de la víctima o por alguna persona que tenga una relación con ella, o el Ministerio Fiscal.

Dicha solicitud de protección se hará ante la autoridad judicial o el MF, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se remitirá de forma inmediata ante el juez competente. Una vez que se recibe la solicitud de protección, el juez de guardia convocará una audiencia urgente a la víctima o al solicitante y al agresor, que puede ir acompañado de su abogado.

Y, por último, con respecto a este artículo, se le concede a la víctima de los hechos un estatuto integral de protección que contiene medidas cautelares de orden civil, penal y social.

Por consiguiente, también podemos mencionar la Declaración de 20 de diciembre de 1993, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, para poder hacer una investigación más rigurosa en los datos de las violencias en el hogar, donde dice lo siguiente⁵:

«En su Artículo 4, apartado k): Promover la investigación, recoger datos y compilar estadísticas, especialmente en lo concerniente a la violencia en el hogar, relacionadas con la frecuencia de las distintas formas de violencia contra la mujer, y fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de esta violencia, así como

⁴ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Boletín Oficial del Estado, del 1 de agosto de 2003, núm. 183.

⁵ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Actualmente Asamblea General de 1993.

sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedir la y reparar sus efectos; se deberán publicar esas estadísticas, así como las conclusiones de las investigaciones;»

En definitiva, podemos entender la violencia doméstica como cualquier acción u omisión insultante o similar de uno o varios miembros contra los otros.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Vamos a hablar, después de haber indagado en profundidad, sobre las diferentes medidas jurídico-penales y procesales que se han ido adoptando en materia de violencia doméstica y de género, donde vimos cómo se da inicio en el delito de violencia doméstica en el Código penal, hasta su publicación en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En primer lugar, tenemos que el CP al principio siempre castigaba por los actos de violencia, sin importar quien fuera la víctima, el autor o el contexto en el que se produjera, como son los delitos de homicidio, de lesiones y contra la libertad. Algo importante que destacar es que en este ámbito son las conductas más leves las que se realizan a la integridad o libertad, como son las faltas de lesiones leves y la falta de maltrato de obra. Esto quiere decir: con respecto a la primera falta que, aunque dé un resultado de lesión, esta no requiere de un tratamiento médico o quirúrgico para su curación, y con respecto a la segunda, que no hay ni resultado de la lesión, por ejemplo, un bofetón. Aquí, sin embargo, ya se están teniendo en cuenta las faltas de amenazas y coacciones leves.

En 1989 se introduce en el CP por primera vez el delito de violencia doméstica, que se diferencia de los delitos de lesiones. En aquel entonces se castigaba por separado con la pena de arresto mayor de 1 a 6 meses con el resultado que se produjera; que tenemos la violencia física habitual sobre el cónyuge, los hijos propios, pupilos, menores e incapaces sometidos a la propia tutela o guarda de hecho.

Posteriormente, en esa época cobra vida un bien jurídico nuevo que se quería identificar con el protegido en las lesiones, como son la salud o integridad personal. También se pretendía la paz familiar o la convivencia pacífica las lesiones. Por tanto, se inicia un camino a la autonomía de dicho delito, que sucede en tres vías: la progresiva ampliación y diversificación de las conductas castigadas, la progresiva ampliación del círculo de sujetos pasivos del delito y la progresiva agravación de las penas.

Una de las primeras reformas más importante que se hace en Código penal se produce en 1995, con aprobación del nuevo CP, LO 10/1995, de 23 de noviembre.

Donde ubicamos el delito de la violencia doméstica en el artículo 153 CP que dice lo siguiente⁶:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun 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 beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

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

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm.281.

a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento 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 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.

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.»

Este artículo nos está queriendo decir que se aumentan las penas y las personas que se protegen, pero no se siguen manteniendo los requisitos de convivencia y de habitualidad, el delito de maltrato habitual pasa a integral el artículo 173 y a partir de aquí se introduce la conversión de las faltas en delito.

En 1999, se realiza una reforma en la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷. En esta nueva reforma se vuelve a modificar la violencia doméstica, se incluyeron entre sus medidas acciones legislativas a la modificación del CP y LECrim para lograr la eliminación de esas conductas delictivas de malos tratos, a la vez que se otorga una mayor protección a las víctimas.

Los artículos en los que se van a establecer dichas medidas legislativas, en cuanto al CP, son los artículos que van a ser a la vez modificados: 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153,617,620; que se modificó, entre otras, la pena accesoria de

⁷ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de junio de 1999, núm. 138.

determinados delitos de la prohibición de aproximarse a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y que se hiciera posible el ejercicio de oficio en acción penal en los casos de faltas.

En esta ocasión vamos a ver la modificación del art. 153 CP de 1999:

«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.»

En esa modificación del art. 153 se introduce la violencia psíquica como modalidad típica. Se amplía el nuevo círculo de sujetos donde se incluyen las relaciones matrimoniales o de hecho que hubieran existido en el pasado, es decir, los excónyuges y los exconvivientes. Y, además, el legislador se pronunció con respecto al concepto de habitualidad.

En esta reforma vemos como se da un paso más al abandono de los fenómenos violentos exclusivamente domésticos, esto es, los que se producen en el marco de la convivencia actual y se amplía la protección a las personas que fuesen víctimas por parte de su pareja o expareja. En este caso, a la violencia doméstica se le otorga una naturaleza distinta a la que había tenido. Para ser castigado en el ejercicio de una violencia penalmente relevante de manera independiente, ya

no era solo el que se producirá en el contexto de una convivencia anormal, sino también los que se producían por razón de vínculos afectivos presentes o pasados.

Además, en la LO 14/1999 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se modificaron sus artículos 13, 104 y 109, y a la vez se introdujo un nuevo artículo, el 544 bis, que tiene como objetivo la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permite el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, es una de las medidas que se pueden acordar. Dicho artículo dice lo siguiente:

«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.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.»

Posteriormente, este último párrafo fue modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que dicha modificación dice así⁸:

«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».

En 2003, se lleva a cabo una orden de protección que produjo grandes reformas legislativas en materia de violencia de género y doméstica, dicha orden de protección es el inicio de un proceso de cambios legislativos que van dirigido a una mayor protección integral a la víctima de malos tratos. Esta Ley es donde podemos ver que da origen a la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, se ofrece a las víctimas, mediante un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el juez de instrucción, un estatuto integral de protección, que se establece de manera coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto se logra en lo que se refiere a la Orden de Protección, que se incorporó en la LECrim como una nueva medida adoptable en calidad de primeras diligencias, junto con las medidas cautelares que se mencionan en el art. 544 bis LECrim.

La Orden de Protección viene regulada en el art. 544 ter LECrim que introduce la Ley 27/2003⁹. Dicho artículo nos menciona lo siguiente:

⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 26 de noviembre de 2003, núm. 283.

⁹ Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Boletín Oficial del Estado, de 1 de agosto de 2003, núm. 183.

- «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 153 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. El procedimiento previsto en este precepto puede ser iniciado tanto de oficio como a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas en el actual art. 173.2 CP o del Ministerio Fiscal. El Juez de Instrucción en funciones de guardia es quien acordará la Orden de protección mediante una resolución única. A través de dicha resolución, el Juez de Instrucción podrá adoptar medidas de protección de la víctima de naturaleza civil, penal y social.
3. Con respecto a las medidas civiles, pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, la fijación de la prestación alimenticia, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor del peligro.
4. Las medidas cautelares penales pueden ser cualesquiera de las previstas en la LECrim. Así, entre otras, la prohibición de aproximación, residencia o comunicación con la víctima e la prisión provisional.
5. Las medidas asistenciales, la Orden de protección era la comunicada por el Juez a las Administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas sociales oportunas, como la llamara renta activa de inserción.
6. Por último, la Orden de protección dictada por el Juez de Instrucción deberá ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica.»

Después de unos meses, en ese mismo año, después de la entrada en vigor de la Orden de protección, se aprueba la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concreta en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e

integración social de los extranjeros. Esta reforma que se lleva a cabo en el CP supone un gran cambio a situaciones que habían tenido problemas.

Debemos destacar entonces tres aspectos que han supuesto un gran cambio en el CP, en primer lugar, el nuevo artículo 173.2 CP que dice lo siguiente¹⁰:

“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 incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de 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 dos a cinco años y, en su caso, 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 uno a cinco 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.

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 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.”

¹⁰ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social a los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, de 30 de septiembre de 2003, núm.243.

Lo primero de todo, es que las conductas de violencia doméstica habitual pasan ahora a llamarse delito contra la integridad moral, pasan del art. 153 al 173.2, pasa de encontrarse entre las lesiones a pasar a torturas y otros delitos contra la integridad moral. Este nuevo artículo, el 173.2, dice que ahora los delitos contra la integridad moral será el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas y se castigará con una pena de prisión de 6 meses a 3 años, y a la privación del derecho a la tenencia y lleven armas de 2 a 5 años.

Además, en este artículo, el juez o tribunal cuando lo considere adecuado al interés del menor o incapaz, podrá poner la pena de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogida por tiempo de 1 a 5 años.

En el párrafo siguiente a este artículo, nos dice que tendrá que poner las penas en su mitad superior cuando algunos de los actos de violencia, se perpetren en presencia del menor; o utilizan armas; o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima; o se haya quebrantado una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza.

Finalmente, el nuevo art. 173.2 incorpora un tercer apartado en el que, en la línea de lo que ya se había dispuesto en reformas anteriores, se pretende precisar el concepto de habitualidad. Para apreciarla se seguirá atendiendo 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, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

En segundo lugar, de los aspectos que han sufrido una modificación importante es que la LO 11/2003 amplía el catálogo de sujetos pasivos del delito de violencia habitual del art. 173.2. Con esta modificación nos dice que existe delitos de violencia física o psíquica si está se ejerce sobre quien sea o haya sido su cónyuge; sobre personas que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del

cónyuge o conviviente; sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; sobre personas ampradas 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.

Vemos la eliminación expresa del requisito de la convivencia cuando la violencia se lleva a cabo sobre cónyuge, excónyuge, parejas o exparejas. También vemos como se incluye ahora las personas que por su especial vulneración se encuentran sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados. A partir de aquí, vemos que en un mismo precepto se recogen tres tipos de violencia como son doméstica, de género y asistencial.

El último de los aspectos que sufren tal modificación se refiere a la aparición, por primera vez, de la técnica de la conversión de las faltas a delitos. Esto se ve recogido en el art.153 del CP que introduce una nueva figura en la que no exige ningún tipo de habitualidad y en el que se castiga como autor del delito de lesiones a quien causara por otro menoscabo psíquico o una lesión no definidas como delito; golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión; 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 refiere el art.173.2 CP.

La pena que se prevé en estos casos según dice el art. 153¹¹ es la prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte armas de 1 a 3 años. Y, además, si el juez o tribunal lo estiman conveniente al interés del menor o incapaz, también podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 6 meses a 3 años.

¹¹ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social a los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, de 30 de septiembre de 2003, núm.243.

El nuevo art. 153 se tipifican como delito conductas que antes constituían meras faltas de lesiones, de malos tratos o amenazas. La definición como delito de estas conductas, abre una nueva posibilidad que es la imposición de la prisión provisional como medida cautelar.

Y, por último, aparece la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Con esta nueva Ley se reforma casi toda la normativa del CP que hemos ido analizando. El aspecto que más ha sufrido la modificación que se introduce en esta ley, y que impregna toda su esencia, es el tratamiento tan diferente que se da a una clase de víctima como son las mujeres.

Esto aparece en el artículo 1 de la LO 1/2004¹², que dice que el objeto de esta ley 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, aun sin convivencia”.

Junto a este tratamiento que hemos mencionado, aparece también el tratamiento específico de las víctimas con especial vulneración que convivan con el autor. Y, por último, se convierte en delito algunas de las faltas de amenazas y coacciones y se modifica el delito de quebrantamiento de condena.

La LO 1/2004 modifica, en primer lugar, el art. 148 CP, donde hace referencia a que las lesiones previstas en el art. 147 tienen un castigo especial cuando provocan los riesgos o resultados destacados en este artículo, es decir, que prevén los subtipos agravados del tipo básico de lesiones. También se introduce una nueva agravación de las lesiones que están previstas en el art. 147 CP, en efecto de la cual, si la víctima fuera o hubiere sido esposa, o mujer que estuviese o hubiere estado ligado al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, podrán ser castigadas con la pena de 2 a 5 años de prisión.

¹² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial de Estado, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

Hay que entender que la agravación opera de modo automático, ya sea que la víctima sea mujer vinculada o ex vinculada afectivamente al autor. También llama la atención de que la agravación opera aun cuando no haya habido ningún tipo de convivencia. Y, además, debe señalarse que tampoco se requiere habitualidad o reiteración alguna para agravar las penas de las lesiones.

Y con respecto al art. 148 se añade un quinto apartado que consiste en agravar aquellas lesiones si la víctima fuere una persona de especial vulneración que conviva con el autor, siempre que la víctima conviva con el autor.

Por consiguiente, también vemos que en la LO 1/2004 vuelve a reformar el art. 153 CP, que podemos ver cómo le da una coherencia a la presunción automática de vulnerabilidad de las víctimas que hemos visto en los delitos de lesiones del art. 148 que hemos mencionado recientemente. El delito está configurado en función de la víctima, de los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delito. Podemos diferenciar tres regímenes:

En primer lugar, cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una relación de afectividad aun sin convivencia, donde en este caso la pena a imponer es la prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y también puede haber privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. 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 5 años.

El segundo de los regímenes, donde la misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona de especial vulnerabilidad que conviva con el autor. Aquí, en este caso, para apreciar el delito debe demostrarse la especial vulnerabilidad de la víctima.

En tercer lugar, cuando la víctima no sea o hay sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a el autor por una relación de afectividad y tampoco sea una persona de especial vulnerabilidad que conviva con el autor, pero sí sea una del resto de los sujetos mencionados en el art. 173.2, la pena en este caso es la prisión de 3 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a

80 días y, también 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 6 meses a 3 años, esto se encuentra regulado en el art. 153.2 CP.

Dentro del art. 153 vemos que hay un nuevo apartado en el que el Juez tiene la posibilidad de imponer la pena inferior en el grado a lo previsto en los apartados anteriores, también se incluye en los casos en el que se siguen castigando los hechos con la pena en su mitad superior si se producen en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima o quebrantando una de las penas privativas de derechos del art. 48, una medida cautelar o de seguridad, esto se razona en la sentencia, con especial atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

Por otro lado, tenemos el delito de amenazas del art. 171 CP que pasa a tener tres nuevos apartados donde se definen como delito las conductas de faltas de amenazas leves. Donde menciona lo que ya hemos ido comentando del art. 171 con respecto de si la víctima sea o haya tenido cualquier relación análoga con el autor, aun sin convivencia. Y después nos habla de la pena que se interpondrá, que ya lo hemos mencionado varias veces.

Con respecto a los arts. 148 y 153 CP, también hemos visto que se castigarán como delito las amenazas leves sobre personas de especial vulnerabilidad que convivan con el autor. Si las amenazas leves se llevan a cabo con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguno de los sujetos que se mencionan en el art. 173.2 CP, excepto las que acabamos de mencionar, en este caso será la pena que se encuentra regulada en el art. 171.5 CP¹³.

En definitiva, con respecto a las amenazas, únicamente no serán constitutivas de delito, sino de falta aquellas que, siendo leves, se produzcan sin armas, y sobre algunas de las personas mencionadas en el art.173.2, excepto las de

¹³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial de Estado, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

especial protección, en este caso, siempre serán constitutivas de delito de amenazas, lo mismo pasa con las coacciones leves.

Las vejaciones y las injurias leves serán siempre constitutivas de falta cualificada cuando se realicen sobre alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 y serán castigadas con la misma pena que en los casos anteriores. Con respecto a las injurias leves es necesario para la persecución la denuncia de la víctima o de su representante legal.

Y, por último, en relación con las modificaciones que se realizan en la LO 1/2004, tenemos el quebrantamiento de condena. Este delito fue reformado antes en la LO 15/2003, donde se introdujo una penalidad específica para los supuestos en los que, no estando el sujeto privado de libertad, se quebrantara la prohibición del art. 57.2 CP.

Este artículo impone al juez la obligación de acordar, como pena accesoria privativa de segundo, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogidos en el art. 48.2 por un tiempo de hasta 10 años si el delito fuera grave o de hasta 5 si fuera menos grave, en los casos en que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que se menciona en ese artículo y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del art. 57 CP.

Si que la LO 1/2004 modifica este delito que se encuentra regulado en el art. 468.2 del CP donde establece que:

“se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”.

En primer lugar, vemos que se eleva la pena de prisión, se elimina la posibilidad de imponer la de trabos en beneficio de la comunidad.

En segundo lugar, se configura un tipo específico de quebrantamiento de condena cuando la pena, la medida cautela o la medida de seguridad se haya

impuesto en un procedimiento en el que el ofendido sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP.

4. LA POLÉMICA EXISTENTE EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL: ÁNIMO MACHISTA O DOMINACIÓN DEL HOMBRE.

Un tema destacable del artículo 153 del Código Penal son los distintos debates que se han ido produciendo con respecto a la necesidad de que exista, o no, la presencia de un ánimo machista o de dominación del hombre hacía la mujer para aplicar dicho precepto.

Como ya hemos mencionado anteriormente, sabemos que la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se centraba en el concepto de violencia de género, abordado en el artículo 1º.1 de dicha ley, exponiendo lo siguiente; “ 1.La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

Una vez que tenida en cuenta sobre la necesidad de prevenir que se llevan a cabo por medio de la intervención penal, la violencia de género, con el cambio de delitos menos grave de los delitos leves de lesiones y maltrato de obra que se producen sobre la mujer, va a recaer sobre el artículo 153 CP. Por consiguiente, esto se producirá en los casos en que el sujeto activo fuese un hombre y el sujeto pasivo fuese una mujer.

Encontramos que, a la hora de la aplicación efectiva de la norma, determinados juzgados españoles empezaron a dudar sobre la constitucionalidad del artículo 153 del CP que hemos ido analizando, lo que provocó ciertas cuestiones de inconstitucionalidad de dicho precepto al Tribunal Constitucional. Dichas cuestiones consistían en la vulneración del principio de igualdad al entender que

dicha diferenciación que el precepto realizaba a la hora de aplicar la pena entre las diferentes categorías de sujetos pasivos había una ruptura en la igualdad de trato, puesto que no se estaba tratando de igual manera, a situaciones que se comprendían por los Juzgados como equivalentes.

En la sentencia 59/2008, de 14 de mayo¹⁴, el TC declaró la constitucionalidad del precepto donde se apoyó en la doctrina de la discriminación positiva y en la necesidad de valorarse de manera distinta de un fenómeno que en las prácticas nos muestran que es más habitual y lesivo que el resto de los comportamientos de violencia intrafamiliar.

Por lo que podemos llegar a comprender que en este tipo de relaciones se produce una violencia contra la mujer que es desempeñada por el hombre como manifestación de una posible situación de dominación. Con ello, el Tribunal Constitucional, ve lícito reducir el círculo de sujetos activos a solamente hombre, sin que eso suponga una infracción al principio de igualdad regulado en el artículo 14 CE. Destacando que, si el legislador aprecia que las agresiones tienen un mayor desvalor, debe ser contrarrestado con una mayor pena.

Luego, la constitucionalidad del precepto se da con la existencia de ese desvalor en los casos en que los hechos se producen en el seno de una relación de pareja, ese desvalor que se manifiesta en la existencia de una voluntad de dominación del hombre sobre la mujer. Uno de los aspectos más problemáticos que se propone en el artículo 153 CP, consiste en determinar si la violencia de género requiere que exista la concurrencia de un elemento subjetivo de dominación sobre la mujer.

Encontramos que el concepto de violencia de género dado por la ley se encuentra formado por tres elementos: un elemento personal formado por el sujeto activo, en este caso el hombre, y un sujeto pasivo que es la mujer; un elemento objetivo, que es el acto de violencia realizado por el hombre y un

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 de mayo de 2008. RTC\2008\59.

elemento subjetivo, cuando se da una discriminación del hombre hacia la mujer cuando realiza el acto de violencia.

Sin embargo, podemos observar que el problema se produce cuando legislador en el artículo 153 CP sólo menciona dos de ellos, como son el elemento personal y objetivo, dejando a un lado el subjetivo, aunque dicha violencia de género este formado por esos tres elementos.

En consecuencia, esto provocó que tanto la doctrina como la jurisprudencia debatieran sobre si dicho cambio que se produjo de los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, en delito grave o menos grave de lesiones dispuestos en el art. 153 CP, se ejercita de manera objetivo, o si en este caso es necesario el elemento subjetivo, es decir, que sea necesario que en el acto de violencia de género exista un ánimo de discriminar y dominar a la mujer por parte del hombre.

Para dar respuesta a dicha cuestión, que se da en el ámbito doctrina y jurisprudencial, tres posturas diferentes.

Por lo referido a la primera de ellas, tenemos aquellas audiencias que comprenden que para aplicar el artículo 153.1 CP no es necesario que se produzca ningún ánimo de dominación por parte del hombre hacia la mujer. Por lo que se entendería como una conducta típica cuando se produce un acto de violencia, ejercido por un hombre frente a quien es o hubiere sido, su esposa o mujer con una relación de afectividad, sin necesidad de convivencia. Para entender más en profunda la postura comentada, analizaremos la sentencia 5467/2010, de 30 de septiembre¹⁵, en este caso, tenemos a un hombre que agredió con lesiones, inmovilizó y robó a su pareja. Entre otros delitos, fue condenado por maltrato de obra, artículo 153.1 del CP. En el recurso se alega que no ha existido un “ánimo machista” y que, por tanto, la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haber aplicado una pena de faltas.

En los fundamentos de la sentencia podemos observar; en apoyo de la objeción relativa al art. 153 CP se afirma que la conducta correspondiente careció de

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 807/2010 de 30 de septiembre de 2010. RJ\2010\7656.

connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas.

Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento de este. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta.

En fin, en este apartado, el recurrente reprocha a la sala que no haya hecho aplicación del subtipo atenuado del último párrafo del precepto, pero lo cierto es que no aparece acreditado dato alguno, relativo a las circunstancias personales del autor o concurrentes en la realización del hecho, que pudiera dar plausibilidad a esa opción.

La segunda postura que encontramos, son aquellas audiencias que entienden que para aplicar dicho artículo sí se requiere la concurrencia de ánimo o intención de dominación del hombre sobre la mujer. En este caso, dicho comportamiento violento del hombre hacia la mujer será típico cuando se puede probar que el hombre realizó dicho acto violento con la intención de discriminar a la mujer. En dicha postura, podemos encontrar la sentencia del Tribunal Supremo nº 99/2019, de 26 de febrero¹⁶, lo que importa en este caso, la Audiencia Provincial condenó al acusado por delito de malos tratos y de agresión sexual en concurso de delito de lesiones, sin entender aplicable la circunstancia agravante de género. Y no la apreció porque consideró supeditada la estimación de la agravante a la prueba de que el autor, no sólo quiso atentar contra la libertad sexual de la víctima sino también que cometió el delito de agresión sexual por razones de género, o lo

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 99/2019 de 26 de febrero de 2019. RJ\2019\826.

que en la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o, en este caso, excompañera sentimental.

Y la última de las posturas, para aquellas audiencias que interpretan que el artículo 153.1 CP sí requiere de la presencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, que siempre está presente cuando el hombre ejerce violencia sobre la mujer, y pudiendo el acusado alegar y probar la ausencia de este, y eso lleva, la atipicidad de la conducta. En esta postura, podemos hablar de la sentencia del Tribunal Supremo nº 677/2018, del 20 de diciembre¹⁷, con relación al elemento subjetivo, pero referido al delito del artículo 153.1 del CP, que exigir ese elemento subjetivo del tipo en el artículo 153.1 supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento del tipo de dicho artículo como elemento subjetivo injusto. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acontecimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado primero del artículo 153 del CP.

Por ello, finalmente, El control de constitucionalidad que se produjo por medio de la sentencia dictada por el TC de fecha 14 mayo 2008 manifestó de manera expresa la constitucionalidad del art. 153 CP sin reclamar la existencia de ningún factor personal adicional. En esta misma resolución, el TC señalaba que "No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo cual el legislador toma en importancia con efectos agravatorios, sino el carácter en especial lesivo de ciertos hechos desde el entorno relacional en el cual se generan y del sentido objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada diferencia. La sanción no se ordena por razón del sexo del individuo activo ni del de la víctima ni por causas asociadas a su propia biología. Hablamos de la sanción más grande de hechos más graves, que el legislador estima razonablemente que lo son por constituir una manifestación en especial lesiva de maltrato y de diferencia"

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 677/2018 de 20 de diciembre de 2020. RJ\2018\5819.

En la fundamentación jurídica de la existente Sentencia del Tribunal Supremo 856/2014, de 26 de diciembre de 2014¹⁸ se desecha este presunto componente personal del injusto, señalando que: "... sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Aquel elemento "machista" se debe buscarlo en el ámbito objetivo, no en los ánimos o intencionalidades. Una vez que el Tribunal Constitucional pide aquel otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un objetivo específico, o una acreditada personalidad machista. Simplemente, está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de manera latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de nuestra objetividad de los hechos, a la perpetuación de la diferencia secular que desea ser erradicada castigando de forma más severa los comportamientos que tengan aquel marco de fondo.

No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación del hombre. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con aquellos añejos y superados patrones culturales, aunque el creador no los comparta explícitamente, aunque no sea plenamente consciente de eso o, aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, se encuentre dirigido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual.

Analizaremos unas sentencias que nos habla acerca de este tema, que hemos ido comentando, la sentencia nº 892/2021, 18 de noviembre¹⁹, en dicha sentencia la AP confirmó la condena por abuso con incumplimiento de la medida cautelar, pero revoca la condena por abuso al entender que "la amenaza es absorbida" por la condena por abuso del del art. 153 CP. En este sentido, la sentencia señala lo siguiente:

"Ahora bien, estamos ante un caso de violencia de género por un acto cometido por una expareja en el que el hecho probado de la conducta del interlocutor es evidente de un claro acto de dominación basado en el sentimiento de apropiación

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 856/2014 de 26 de diciembre de 2014. RJ\2015\89.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 892/2021 de 18 de noviembre de 2021. RJ\2021\5182.

que expresa de la expareja a la mujer, como se desprende de la formulación de los hechos probados, produciéndose una violencia de la medida cautelar que conocía, y a pesar de ello se acercó a su lugar de trabajo para agredirla y amenazarla.

Y esto es así, porque el hecho probado es determinante y revelador de esta conducta de “dominación” del condenado hacia su expareja con la intención de atemorizarla, y que no solo existe una agresión, sino que, de forma adicional, hay un acto de amenazas autónomo a la agresión”.

Y, por otro lado, tenemos una sentencia de gran relevancia en relación con el artículo 153 del Código Penal, la sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008²⁰, sobre la supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional.

Dentro del art. 153 CP, encontramos una sentencia a destacar en relación con este artículo, que es la sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional.

Donde La Magistrada titular del Juzgado de lo penal nº 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del artículo 153.1 de Código Penal al establecer una discriminación por razones de sexo provenientes de la definición de “sujeto activo” en referencia al varón y “sujeto pasivo” en referencia a la mujer y, la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre.

El art. 153.1 CP afirma que: “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 maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008, de 14 de mayo de 2008. RTC\2008\59.

sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, 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 la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

El delito de maltrato ocasional tipificado en el art. 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de 6 a 12 meses cuando el sujeto activo fuera un varón y el pasivo una mujer, y con una pena de 3 a 12 meses en el caso contrario (que el sujeto activo fuera una mujer y el pasivo un varón).

En primer lugar, se examina la posible infracción del art. 14 CE señalando que el derecho a la igualdad se ve quebrantado en razón de la discriminación por motivos de sexo ya que éste precepto constitucional acoge el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación, que obligan y limitan los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y, por lo tanto, impide considerar el sexo como criterio de discriminación.

Cabe destacar que el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas que resultan injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables y de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por tanto, para introducir diferencias entre ellos tiene que existir suficiente justificación de tal diferencia y ésta debe ser fundada y razonable, a la vez que sus consecuencias no resulten desproporcionadas.

El órgano promotor de la presente cuestión centra la duda de posible inconstitucionalidad en el hecho de que el precepto establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito. Lo que la juez cuestionante plantea es tanto que se sanciona más a los hombres que a las mujeres por lo que se entiende que son los mismos hechos, como por el hecho

de que se protege más a la mujer que al hombre frente a lo que se considera una misma conducta.

La Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en este contexto, se pretende proteger a la mujer en un ámbito en el que se considera que sus bienes básicos y su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos.

La 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” (art. 1.1 LO 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la “especial incidencia” que tienen, “en la realidad española las agresiones sobre las mujeres” i en la peculiar gravedad de la violencia de género, “símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, dirigida “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”.

Tal como se plasma en la Exposición de Motivos II de la presente Ley, “este tipo de violencia constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la Constitución”.

Es relevante destacar que no sólo hace falta que la norma cuya constitucionalidad está siendo puesta en duda en este caso persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es imprescindible que ésta se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora.

El fallo del Tribunal constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la magistrada titular del juzgado de lo penal nº4 de Murcia alegando los diversos motivos, que, a modo de resumen, son:

- Existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quienes o ha sido su mujer o pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima.
- El legislador aprecia una gravedad peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueros que insertan ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves daños a las víctimas.

En consecuencia, esta diferencia a nivel penal, según el TC “no infringe el art. 14CE porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas”.

Se trata de una diferenciación razonable ya que se persigue incrementar la protección de la mujer en el ámbito de la pareja, en el que está insuficientemente protegida.

5. DELITO DE MALTRATO HABITUAL Y MALTRATO SINGULAR.

5.1 Delito de maltrato singular.

El delito del maltrato singular en distintos ámbitos viene regulado en el art. 153 del CP. En este delito, se establecen distintos comportamientos que hasta la entrada en vigor de la LO 11/2003, que ya hablemos de ella, estaban castigado como falta de lesiones²¹, de maltrato físico²² y psíquico²³, donde tenía una pena

²¹ Art. 617. 1 CP, LO 11/2003.

²² Art. 617.2 CP, LO 11/2003.

²³ Art. 620 CP, LO 11/2003

agravada de acuerdo con los tipos básicos siempre que el ofendido fuera una de las personas que se menciona en el art. 153.

Que dichas faltas, se hayan convertido en un delito, es debido a que puedan ser tratados procesalmente como delito, para que dichas conductas sean castigadas con penas de prisión y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

La pena de prisión que se le impone a dicho delito tiene una crítica. Por un lado, que se considera que la pena de prisión tiene una duración muy corta y que no puede dar lugar sobre el penado un tratamiento penitenciario.

La primera de las conductas definidas como maltrato singular, consiste en causar por cualquier medio o procedimiento menos cabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código. Esta conducta se encontraba en el art. 617.2, que ha sido derogado por la LO 11/2003. Sin embargo, dicho términos que define la conducta, se encuentra en el actual art. 617 para las lesiones.

Cuando nos esta hablado de “menoscabo psíquico”, el legislador se está refiriendo más como una falta de lesiones, por lo que no era necesario incluirlo en el art. 153, ya que a efectos penales se entiende que dentro de lesión esta los atentados contra la salud física o mental.

Otra de las conductas, el art. 153 castiga al que golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión; esta conducta también se encontraba en el art. 617.2 antes de ser derogado. Esto nos quiere decir que la jurisprudencia entendió que son aquellos menoscabos que se daba en la integridad física de la víctima que no requerían para su sanidad no ya sólo tratamiento médico o quirúrgico, sino también que no requiera una primera asistencia facultativa.

Actualmente, el nuevo art. 153 castiga al que amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, sin embargo, el proyecto de ley organiza de medidas de protección integral contra la violencia de género vuelve a modificar el art. 153 y elimina la referencia a la amenaza leve con armas y otros

instrumentos. Pero, incluye un nuevo número 4º en el art. 171²⁴ donde se encuentra establecido la pena de dicho delito.

No obstante, con respecto a la nueva figura delictiva del art. 171.4, es distinto al art. 153, que lo que hace en este caso el legislador es que, en atención al sexo de los sujetos activos y pasivos, y a la relación entre ambos, consiste en elevar la consideración de delito la falta del art. 620.2, y se reforma también que será de aplicación “salvo que el hecho sea constitutivo de delito”.

Debido a esto, tiene como consecuencia que, a efectos de la pena, el legislador no distingue el medio empleado en la amenaza de carácter leve puesto que, con arma o sin ella, se aplicaba la pena dispuesta en el art. 171.4, que por el contrario en el art. 153, se eleva a seis meses el límite de la pena de prisión, ya que no se tiene en cuenta el peligro que conlleva la amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos para la integridad o la salud de las personas.

Además, se rebaja la pena en un grado en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

Por otro lado, el proyecto que hemos hablado añade un nuevo punto en el art. 171²⁵ en relación con este delito. Sin embargo, estas conductas se castigarán en el actual art. 153 como delito de maltrato singular en diferentes ámbitos con

²⁴ Art. 171. 4º CP: “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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.”

²⁵ Art. 171.5º CP: 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 armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

la misma pena, por lo que el legislador en este caso se encarga de reubicar de acuerdo con el bien jurídico protegido la conducta en el ámbito de las amenazas.

Como recopilación, si se amenaza de manera leve sin armas a los sujetos que establece el art. 173.2 excepto los cónyuges o excónyuges, compañeros o excompañeros sentimentales con o sin convivencia en el caso de que el sujeto activo sea de sexo masculino y el pasivo, se aplicará la falta del art. 620. Y si se amenaza de manera leve, pero con armas u otros instrumentos peligrosos, entonces aquí se aplica la nueva figura delictiva del art. 171.5.

Una vez vistas las conductas típicas en el art. 153, vamos a hablar de las relaciones concursales que se dan.

En primer lugar, en este delito la conducta que se va a castigar consiste en causar menoscabos psíquicos o una lesión no constitutiva de delito, en relación con las lesiones que requieran tanto una primera asistencia facultativa como un tratamiento médico o quirúrgico será castigado por los artículos 147 y siguientes. Con esto estamos viendo que el art. 153 no es constitutiva de un delito de lesiones y su errónea ubicación sistemática dentro del Título III del Libro II del CP, donde se castiga los delitos de lesiones.

Sin embargo, vemos que hay un problema a la hora de solucionar las relaciones concursales cuando se van a establecer entre el delito de maltrato singular y maltrato habitual, porque, aunque exista cercanía entre estos delitos, aunque tengan distintos efectos de determinar los sujetos pasivos y activos, ambos delitos tienen idénticos supuestos de agravación.

Aunque en ambos delitos se entienda que solo se distingue entre ellos por su repetición del comportamiento, por lo tanto, no podrán entrar estos en concurso de delito, sino de normas. No obstante, en atención al art. 173.2 dice que la pena que se va a aplicar será con independencia a los actos singulares de maltrato, por lo tanto, podemos reconocer que el delito de maltrato singular entrará en concurso de delito con el delito de maltrato habitual, esto solo se puede dar si se protegen el mismo bien jurídico, pero desde perspectivas diferentes.

Por consiguiente, debemos analizar el bien jurídico protegido de estos delitos para poder resolver los problemas concursales que se plantean entre estos delitos.

La pena que se establece en este delito es: la 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 especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años, esto se ve esto se encuentra recogido en el art. 171.5 CP.

5.2 Delito de maltrato habitual.

Vemos en este tipo de delito que se produce un cambio en el bien jurídico protegido, la LO 11/2003 devuelven la mala ubicación del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del Título III que este se refiere a las lesiones, al Título VI, en el que se castigan los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral.

Como se mencionaba, en impacto, a partir de que en 1989 se integró en el Código el delito de malos tratos habituales continuamente había estado localizado en los delitos de heridas, de la cláusula concursal en el Código de 1995, así como las mejoras en la redacción que en esa cláusula llevó a cabo el legislador en 1999, fue útil.

Ahora, al transportar el legislador el delito de sede, parece que lo ha hecho con la doble intención de poner en claro que el bien jurídico es diferente del salvaguardado en los delitos de lesión y que el mismo se va a proteger en una nueva ubicación. Es más, el legislador ni siquiera integró un nuevo artículo bis dentro del Título VII, relativo a los delitos de tortura y a otros delitos contra la totalidad moral, sino que se ha formado con integrar un número 2º en el art. 173.

El Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, como se mencionó anteriormente, la violencia de género no afecta el significado literal del art.173.2. Ahora bien, no se puede ignorar que, constituyen violencia física o psicológica que configura la habitualidad en

maltrato con o sin convivencia sí necesitan reformas. Es verdad, que con respecto a la pena que el legislador prevé para los casos en que se de los actos de violencia se entiende que el legislador a la misma unidad familiar dará mayor o menor protección conforme a su sexo y su vínculo que le une con el agresor.

De acuerdo con el cambio del bien jurídico protegido también influye las distintas reformas que se dan en el art. 173.2.

Hasta ahora el elemento típico entre los sujetos era la existencia de convivencia que había entre los sujetos implicados en los actos de maltratos. En 1999 se incluyeron los excónyuges y excompañeros sentimentales que se van a incluir en el tipo, con la existencia de la convivencia anterior cuando se produce los actos de violencia. Esto dio lugar a que la jurisprudencia llegara a excluir los malos tratos que se daban entre novios o exnovios que no hubieran llegado a convivir, dentro de esto se incluye también las parejas que estuvieran unidas sentimentalmente o que lo estuvieron en el pasado por una relación matrimonial o convivencia de hecho, que no tuvieran relación de convivencia. Al ser modificada la convivencia dejando de ser típica, desaparece el bien jurídico que hasta ahora se protegía que era la paz familiar.

Sin embargo, la convivencia sigue exigiéndose como elemento típico en los casos que no exista lazo parental.

Otro cambio que se da es en los sujetos activos y pasivos del maltrato. Se incluyen ahora las conductas de violencia física o psíquica ejercidas sobre las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. Estas conductas no se tipificaban porque se entendía que los maltratos habituales que se realizaban en estos casos no afectaban al bien jurídico "paz familiar" ya que no había ese vínculo familiar y se entendía que se acaba antes poner fin a esa convivencia y con ello el maltrato.

Por otro lado, se incluye ahora los malos tratos físicos o psíquicos sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados, esto se refiere a los que se establecen en los internados en centros geriátricos. Esto es algo nuevo, ya que con el anterior art. 153 daba mención a los ascendientes, esto quería decir que

el sujeto pasivo debía ser ascendiente del sujeto activo, pero esto no ocurría en los internados, ya que no había relación de parentesco sino más bien profesional o de prestación de servicio, estos casos eran castigados como falta, falta que aún no ha sido modificada y habrá que recurrir al concurso de normas.

En definitiva, la LO 11/2003, desborda el ámbito familiar, ya que todas las reformas que se han producido afectan al bien jurídico protegido familiar, pues se elimina la convivencia y se produce una ampliación de las relaciones que han de existir entre los sujetos activos y pasivos.

En relación con el bien jurídico protegido y en las relaciones concursales se lleva a cabo una serie de reformas que también afecta al resto de normas con los que puedan entrar en concurso, el artículo que se ve reformado es el art. 173.22, que en dicho artículo se va a seguir mantenido los elementos esenciales que sostienen la presencia del bien jurídico protegido que son compartidos entre los distintos miembros de la unidad familiar. Sin embargo, dicho resultado es un tipo que no tiene muchos problemas que son irresolubles, se lleva a cabo una intervención por parte del legislador, para poder resolver las confusiones que ha provocado la LO 11/2003, donde se van a eliminar que los actos singulares constitutivos de trato degradante del art. 173.1 entre en concurso con el delito de maltrato habitual del art. 173.2 y se va a eliminar también que esos actos singulares de malos tratos que puedan sumarse contra distintas personas de la misma unidad familiar.

Otra cuestión que debemos plantearnos es si puede haber malos tratos habituales entre novios, en el que puedan existir afecto o desafecto, deben o no estar allí. En este caso, iremos al bien jurídico protegido para ver que, si no existe convivencia, es difícil que este afectado el bien jurídico familiar.

Con relación, a las personas que no tengan un vínculo familiar que es lo que caracteriza a la norma, no pondrán ser castigados por el delito, sino por los actos singulares en que se hubieran llevado a cabo los actos de violencia física o psíquica, se le aplicaran algunas de las circunstancias que se dan en el art. 22²⁶.

²⁶ Art. 22 CP: Son circunstancias agravantes: 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera

Dentro del art. 173.2 no estarían los malos tratos físicos o psíquicos que se den sobre “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidos a la custodia o guarda en centros públicos o privados”. En esta situación existe una relación de dependencia vital que es parecida a que hay entre los miembros de familia.

Podemos entender que hoy en día, el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar no está completo. Ya que, en vez de incluir este delito en el ámbito familiar, lo suyo hubiera sido incluirlo en delitos contra las relaciones familiares.

La pena que se establece en este delito de maltrato habitual, vemos que este delito sufrió una reforma que lleva a cabo una modificación en el que la pena a imponer en este delito es, por un lado, se sigue manteniendo la prisión de seis meses a tres años, y por otro lado, se añade la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado para el interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, esto se encuentra recogido en el art. 173.2 CP.

6. LA AGRAVANTE GENÉRICA DE GÉNERO (ART. 22.4 CP).

Con la última reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha afectado al precepto de la agravante genérica del art. 22.4 CP. Por eso, se incorpora a la agravante por motivos de discriminación un elemento determinante de apreciación que es el género.

Sin embargo, la discriminación por razón de género ha sido debatida por parte de uno de los sectores de la doctrina que ha considerado esto como ha simple

proceder de la defensa por parte del ofendido. 2.^a Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. 3.^a Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. 4.^a 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta 5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. 6.^a Obrar con abuso de confianza. 7.^a Prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 8.^a Ser reincidente.

reforma simbólica, llegando a entenderse que esa discriminación por razón de género ya se encuentra incluida en la discriminación por razón de sexo y, además, que el CP ya había introducido esa agravación como una circunstancia específica en los delitos de género.

La agravante por motivos de discriminación del art. 22.4, desde que se incluyó en el CP de 1995, ha llevado a cabo diversas opiniones por distintos sectores de la doctrina. Por un lado, uno de los sectores nos viene a decir que no existen razones suficientes para que se vaya a incrementar la gravedad objetiva del delito, al incrementarse la pena por algo que pertenece al fuero interno del autor.

Por otro lado, tenemos otros autores penalistas, que entienden con respecto a la anterior opinión, que todas circunstancias agravantes deben aumentar lo antijurídico del hecho, y que con el bien jurídico propio del delito que se comete, se deben tutelar de acuerdo con lo contenido en los arts. 10, 13.1 y 14 CE. Por consiguiente, otros sectores analizan que el principio de igualdad se va a establecer al derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro.

Y, por último, conforme a las opiniones, tenemos un sector que entiende que esta circunstancia tiene una naturaleza dual, esto quiere decir, que se está refiriendo de manera individual, en que todas las personas deben ser tratadas por igual, con independencia de sus rasgos y, por otro lado, aquellos que tienen un carácter supraindividual, haciendo referencia a la circunstancia agravante por motivos racistas, homófobas, islamofóbicas, entre otras.

Si analizamos el art. 14 CE que nos viene a decir: “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”. Podemos ver que este precepto constitucional enumera determinadas categorías de no discriminación. Con respecto a lo último del precepto “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” nuestro tribunal constitucional ha ido añadiendo otros motivos discriminatorios, como son la edad; la discapacidad; la orientación e identidad sexuales; la discriminación por circunstancias sociales, entre otras.

Si que es verdad que, con el paso de los años, ha habido cambios de gran relevancia en los valores que se dan en la sociedad y los poderes públicos que exigen mayor protección y defensa en los derechos individuales. Por esa razón, junto con las tradicionales discriminaciones se han empezado a ver otros grupos sociales que también empiezan a ser discriminados como, por ejemplo, migrantes, el colectivo LGTBI). Y es que podemos llegar a entender que la discriminación conlleva a un perjuicio negativo, eso quiere decir, de un perjuicio vinculado a un grupo, que se le asigna a una persona por pertenecer a ese grupo²⁷.

Con la agravante genérica del art. 22.4 CP, por motivo de discriminación, provoca un aumento en el injusto del hecho realizado porque se le da a la víctima un trato ilegal e injusto por pertenecer a uno de los colectivos que se discriminan. Ese trato que ilegal que se realiza a la víctima busca su aislamiento, lo que provoca que se sitúe en una posición de desigualdad con respecto al resto de los ciudadanos, esos son los que no se encuentra dentro de algunos de los grupos minoritarios.

Actualmente, se plantea un nuevo derecho antidiscriminatorio que va también a acudir al Derecho Penal para que se le pueda dar protección a las personas que están sufriendo una discriminación por pertenecer a un cierto colectivo, y que le están provocando una dificultad para poder seguir con su vida.

Con respecto a lo anterior, el legislador ya va otorgando tipos específicos para sancionar el que discrimina en determinados contextos, y además valora este trato de discriminación mediante el uso de circunstancias agravantes. Por lo tanto, se va a introducir en el CP, agravaciones específicas para aumentar la pena cuando el delito que se comete se trata de discriminar al sujeto pasivo, como son en los delitos por violencia de género, y también el CP establece una agravante genérica de discriminación²⁸, para apreciarla en el excedente de los supuestos que no estén contemplados en los anteriores preceptos²⁹.

27 Así lo expresa REBOLLO VARGAS, R. en "La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento". p.5.

²⁸ Art. 24 CP.

²⁹ Art. 67 CP.

6.1 La nueva agravante genérica de género.

En atención a la agravante genérica de género, vamos a destacar un punto esencial, que son los distintos debates que ha habido con respecto a la nueva agravante por motivos de género. Discernir si se debe aplicar únicamente a casos en los que exista una previa relación sentimental o si se puede aplicar a cualquier relación hombre-mujer en la que se encuentre presente dicha circunstancia.

Podemos ver que eso sucedía en el Código Penal de 1973, no obstante, hoy en día en los delitos contra la libertad sexual no indica que obligatoriamente el sujeto pasivo sea una mujer. Con la actualización del Código Penal con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio³⁰, llevó a cabo una modificación que sustituyó los delitos contra la honestidad por los delitos contra la libertad sexual, lo que sucedió a partir desde ese momento, la protección se ofrece tanto a hombre como a mujeres.

Sin embargo, dado que esta infracción contra la libertad sexual es más usual su ocurrencia en las mujeres, se ha deducido que este delito se trate de un sistema de opresión y que había un problema estructural debido a la construcción realizada por la sociedad y de los roles que se asignan en función del sexo. No obstante, el legislador no apreció en la LO 1/2008, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género, un género específico en cuanto a los delitos contra la libertad sexual.

Por ello, al incorporarse la agravante por motivos de género y que se dé la posibilidad de que pueda existir en las infracciones contra la libertad sexual, se da por hecho que España ya ha cumplido con sus obligaciones en la lucha contra la violencia de género. Sin embargo, el Tribunal Supremo en ese momento aún no se había manifestado en el caso de que dicha agravante se pudiera aplicar en los supuestos de hecho en los que no existiera entre los sujetos una relación matrimonial o sentimental, tanto presente como pasado, en el momento que se produce los hechos delictivos.

³⁰ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial de Estado, de 22 de junio de 1989, núm. 148.

Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la cual modificó en profundidad el Código Penal y añadió, en la circunstancia agravante genérica de discriminación que se encuentra regulada en el artículo 22. 4ª, las razones de género en diversos preceptos relacionados con los delitos por discriminación para poder justificar la concurrencia de esta agravación de la pena.

Esto tiene su origen en el Convenio de Estambul, destacando uno de sus artículos, el cual sería el artículo 3. Dicho artículo, que contiene una serie de definiciones, entre ellas la violencia contra las mujeres por razones de género³¹, da lugar a que el ámbito de aplicación sea mucho mayor que el que se daba en ese momento en nuestro Código Penal en relación con los tipos de género específicos que se encontraban establecidos mediante la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al no atenerse a las relaciones de pareja o expareja.

Posteriormente, en 2015 se producen unas observaciones finales del CEDAW sobre los informes periódicos de España: donde nos dice que la ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no cubre todo lo que respecta la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja. Eso produjo que se instara a que se revisara la legislación de la violencia de género para que incluyeran otros tipos de violencias.

Seguidamente podemos observar, que los delitos que se cometen por razones de género no se limitan solamente a aquellos que se encuentren como parejas o exparejas, sino que también se aplicará en los casos en que el autor comete el hecho por motivos discriminatorios contra el sujeto pasivo, aquellos motivos discriminatorios que se dan en nuestra sociedad son comúnmente dirigidos hacia las mujeres o provenientes de hombres en los que no se tienen en cuenta las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes. Es importante destacar que son hechos en los cuales no existe ni ha existido una relación sentimental entre los sujetos activo y pasivo.

³¹ Art. 3.d: "por 'violencia contra las mujeres por razones de género' se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

Si analizamos en varias sentencias que tratan el tema, apreciaremos que si la agravante genérica por motivos de género se debe aplicar en los casos que exista o existiera una relación sentimental; así, -encontramos la sentencia STS nº 444/2020, del 14 de septiembre³², donde el Tribunal Supremo se pronunció con respecto a que dicha agravante sólo se debe aplicar en el supuesto en que entre los sujetos exista o hubiera existido una relación conyugal o sentimental-.

Sin embargo, el propio TS se reinterpreto para la concreta circunstancia agravante de discriminación por razón de género cuando dicha razón se dé entre sujetos que no exista una relación personal presente o pasada.

En la actualidad, hemos podido ver que el TS se ha manifestado con respecto a la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, pero únicamente en la última de las veces que se ha pronunciado podemos ver que lo hace en un supuesto en el que entre los sujetos no concurriría una relación sentimental ni pasada ni presente. Esta última sentencia en la que se pronuncia el TS que hemos comentado, nos habla de unos hechos entorno a relaciones sexuales a cambio de precio.

Otra sentencia que encontramos es la Sentencia nº 565/2018, de 19 de noviembre³³, la cual sí que da la posibilidad de aplicar dicha agravante a situaciones donde no exista o hubiera existido una relación sentimental. Esto lo podemos ver en su fundamento jurídico séptimo que dice así: “se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o expareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”.

No obstante, con relación a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 59/2008, de 14 de mayo³⁴, nos indica que no es necesario la agravante de un elemento subjetivo, entendido como ánimo dirigido a humillar o dominar a la mujer, pero,

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 444/2020 de 14 septiembre. RJ\2020\3274.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 565/2018 de 19 noviembre. RJ\2018\4957.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 de mayo. RTC\2008\59.

objetivamente al margen de las razones del autor a relación el hecho delictivo, sin que exista en los hechos una desigualdad en el reparto de los papeles del hombre y de la mujer. Todo esto se encuentra determinado a partir de los hechos y del contexto entre el agresor y la víctima, fuera del ámbito conyugal o de pareja, que impone el artículo 22.4 CP, sino a todos aquellos en los que se suscita hombres o mujeres, exista o no relación sentimental.

Por tanto, el legislador ha optado por regular los delitos de violencia de género mediante dos sistemas distintos. Por un lado, la violencia de género entendida en los términos establecido en el artículo 1³⁵ de la LO 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, donde entre el hombre y la mujer debe existir o debe haber existido una relación afectiva, aún sin convivencia. Mientras que, por otro lado, el legislador ha establecido lo que es la violencia de género entendida como se encuentra establecida en el Convenio de Estambul, esto es, que amplía su margen de actuación a todos los actos de violencia que se han ido creando en nuestra sociedad considerados propios de mujeres o de hombres, sin que entre los sujetos tenga que existir una determinada relación de afectividad presente o pasada.

Como última cosa a mencionar, se puede aplicar la agravante por motivos de género a cualquier tipo de situación, sin que necesariamente deba existir una relación afectiva entre los sujetos. Debido a esto, vemos cómo se va abandonando la respuesta anterior que daba el tratamiento español, que consistía en limitar a la pareja, y se está acerca a lo que dice el Convenio de

³⁵ LO 1/2004, Art. 1: "1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero."

Estambul, donde se intenta evitar la distinción entre víctima de violencia de género, ya sea dentro o fuera de la pareja como si consistiera en dos realidades distintas, cuando en realidad se trata de la misma violencia.

Sin embargo, esto han provocado varias oposiciones que dicen que este motivo ya se encuentra recogido en la discriminación por razón de sexo, y también que esa protección especial por razón de género ya existe en los tipos de violencia de género, como podemos mencionar los arts. 153.1; 172.2 y 173.2 CP.

En relación con la agravante genérica de discriminación por razón de sexo del art. 22.4 ya fue introducida con el texto del actual CP de 1995, que con el paso de los años se añade la discriminación por razón de género.

Con respecto a la discriminación por razón de sexo ha conllevado diversas discusiones con respecto quién es el sujeto pasivo que se protege y sobre su alcance. El termino sexo ya sabemos que se está refiriendo al hombre o a la mujer, donde no se tiene en cuenta su orientación sexual. Después de varios planteamientos de diversos autores, donde dicen que este tipo de discriminación puede ser tanto sufrida por el hombre como por la mujer o, que solo puede ser la mujer porque esa desigualdad la suele sufrir más las mujeres que los hombres. Por lo tanto, el Tribunal Supremo con respecto a la discriminación haciendo referencia al sexo, declara que el sujeto pasivo de este delito puede ser un hombre.

La jurisprudencia pocas veces ha tenido en cuenta la agravante genérica con razón de sexo, se han visto en algunas sentencias donde se ve que hay asesinatos por violencia de género, pero que no se les va a aplicar la agravante por razón de sexo.

Una de esas sentencias en las que se pronuncia el Tribunal Supremo sobre la agravante por razón de género, es la sentencia 420/2018 de 25 de septiembre³⁶ donde se vio que esta agravación de discriminación por el sexo tiene cierta relación con la agravante por razón de género. Por lo que podemos llegar a entender que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima

36 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. RJ\2018\4156.

se puede apreciar fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aunque muchas veces puede haber coincidencia entre las bases de ambos tipos de agravante, se puede distinguir entre una y otra.

Por lo que podemos llegar a entender, que cuando la agravante es por razón de sexo no se exige que haya una intención o situación de dominación del hombre sobre la mujer y, por tanto, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre. Mientras que en el caso de la agravante por razón de género sí que precisa de dicha intención de dominación por el hombre sobre la mujer, y en este caso, el sujeto pasivo solo puede ser mujer.

Podemos llegar a la conclusión de que la agravante por razón de sexo, por la doctrina mayoritaria, no se puede aplicar a los supuestos de violencia de género, mientras que, la jurisprudencia nos dice que tenemos que apreciar una circunstancia agravante, se exige que la víctima sea discriminada por su sexo.

En relación con los conceptos entre sexo y género, son intercambiables e inseparables, ya que los roles que se le den a los hombres y a las mujeres por la cultura llevan a una discriminación al sexo femenino.

En la actualidad, se podría entender que el problema con la agravante de discriminación por razón de género de sexo en los casos de violencia de género ya fue resuelto con la reforma de 2015, al introducirse la discriminación por razón de género. Pero, sin embargo, sigue existiendo ciertas limitaciones cuando se aplica la agravante por discriminación por razón de género. Como, por ejemplo, la agravante de género se encuentra restringido a los supuestos en que la víctima mantiene o ha mantenido una relación sentimental con el agresor.

Ahora debemos tener en cuenta el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica³⁷, que fue aprobado en Estambul por el Comité del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, ya que se incorpora la discriminación por razón de género a la LO 1/2015 con las exigencias de este Convenio.

³⁷ Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Entre varias cosas en este Convenio se habla de *“la violencia contra la mujer”* como una violencia de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, designando todos los actos de violencia que se basan en el género que implican para las mujeres daños o sufrimiento 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” que se encuentra regulado en el art. 3 a) de dicho Convenio. En este mismo artículo nos define también qué se entiende por *“género”*³⁸. Finalmente, y de lo más relevante de dicho artículo, es que nos habla de lo que se entiende por *“violencia contra las mujeres por razones de género”* que se entiende toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Por lo tanto, cualquier acto que se realice contra la mujer con el fin de discriminarla, dominarla o someterla, puede realizarse en cualquier contexto.

Pero a pesar de ello, este concepto no es el que se ha introducido en la LO 1/2014, de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En dicha ley podemos observar que sólo se contempla la violencia de género en los casos en que el hombre que ejerce la violencia mantiene o ha mantenido una relación sentimental con la mujer. Se trata de una ley que sólo contemplan la violencia de género como problema que se da en el ámbito privado, y no presta atención a la violencia de género que se realiza en el ámbito público. Vemos también que el propio legislador español excluye a varias víctimas mujeres como son hijas, hermanas, madres, etc., y tampoco tiene en cuenta otras formas abusivas de agresión que se realizan contra la mujer, como son los matrimonios forzados, abortos no consentidos, etc.

Recogiendo lo mencionado del problema que se contempla en la violencia de género, provoca que haya un error en el concepto de violencia de género, conllevando con ello que el legislador introduzca tanto las agravaciones por razón de género, como de sexo. Por lo que, el sexo sería lo que se entiende por

³⁸ Artículo 3. c) del Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica: Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

“género” y el género como la “especie”, eso nos lleva a entender que la discriminación por sexo lleva consigo la discriminación por razón de género.

Vamos a mencionar algunas sentencias donde se dan esta clase de circunstancias de agravante que estamos hablando.

Tenemos por un lado la sentencia en la Audiencia Previa de Madrid de 8 de marzo de 2018³⁹, en esta sentencia podemos apreciar un criterio uniforme, cuando entendemos la agravante de género, introducida por la LO 1/2015, se sitúa sobre la consideración de un trato desigual, por su diferencia entre sexo, y también se da en este caso, diferencia por razón de ser la víctima una mujer, mientras que en el caso de agresor se ve la necesidad de sumisión y obediencia, que por algo natural le debe la víctima, que se puede desconocer las condiciones de igualdad entre todos los seres humanos que deben darse y presidir las acciones de los unos con los otros.

Siguiendo con la sentencia, la jurisprudencia señala que la mayor sanción que se da por el hecho se va a justificar porque el delito que se comete por motivos de discriminación supone la realización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional, el principio de igualdad o la prohibición del trato de discriminación, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por dicho delito.

Con respecto a la apreciación de este agravante por razón de género, exige que se dé un fundamento de discriminación hacia la mujer, pero, sin embargo, no cualquier mujer, se requiere que exista una relación actual o pasada de afectividad entre la víctima y el agresor, debe existir también esa relación con el concepto de violencia de género que se está defendiendo en nuestra ley contra la violencia de género. Esto se puede apreciar en una sentencia, que es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2018⁴⁰ que en dicha sentencia se ve como se exige, por un lado, que se aprecie la simple intención o situación de dominación del hombre sobre la mujer y, también, que el acto se produzca en el ámbito de una relación de pareja.

³⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª). Sentencia núm. 160/2018 de 9 marzo. JUR 2018\160753.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. RJ\2018\4156.

Por lo tanto, llegamos a la conclusión que esta nueva agravante genérica por razón de género se deben producir dos elementos. Por un lado, que exista la presencia de una intención o situación de dominación del hombre sobre la mujer, y, por otro lado, que el acto se produzca en el ámbito de las relaciones de matrimonio o exista afectividad, ya sea en el pasado o en el presente.

7. CONCLUSIÓN.

Cuando empecé hacer el análisis de la Ley 1/2004, una cosa que me llamó bastante la atención fue la definición de violencia de género. Esto lo comento al principio del trabajo, la Ley 1/2004 considera la violencia de género como la violencia que se ejerce en aquellos casos que los sujetos tienen o hayan tenido, bien como pareja, de noviazgo o de matrimonio, o bien, aunque no haya existido una convivencia entre ambas partes. Para mi punto de vista, esta definición restringe los aspectos que he ido analizando derivados de este tipo de violencia, que se ven como limitados y escasos con la actualidad.

También con respecto a la violencia doméstica puntual u ocasional, es aquella que se ejerce sobre los miembros de la familia recogidos en el art. 173.2 CP. El anterior enjuiciamiento de alguno de estos actos no impide el posterior enjuiciamiento de la violencia doméstica habitual, ni tampoco se vulnera la non bis in idem, ya que el legislador introdujo en el art. 173.3 una cláusula concursal según la cual la pena correspondiente para la violencia doméstica habitual se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondan a los diferentes actos.

También he podido ver que la pena que se establece en la LO 1/2014 para la violencia de género es superior a la recogida para la violencia doméstica.

En relación con el maltrato singular y el maltrato habitual he podido diferenciar que en el primero de ellos, regulado en el artículo 153 del Código Penal, vemos que están protegiendo la violencia de género, pero en lo denominado como “violencia doméstica”, esto quiere decir, que se está protegiendo a la víctima en la convivencia con su maltratador, por lo que el artículo 153 debe proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuerte de la familia. También, en este tipo de delito, he podido observar que la

pena será superior cuando dicha violencia se comete delante de menores, se produce en el domicilio familiar o si se quebranta una orden de alejamiento.

En el caso de la violencia de maltrato habitual, que se encuentra previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, que como he dicho son “esos actos de violencia física o psíquica...” y ya menciona los sujetos pasivos. Aquí he podido ver que lo que se exige es que haya habitualidad en el ejercicio de la violencia de género dentro del ámbito de las relaciones familiares, no en el número de acciones violentas, sino que, lo verdaderamente importante es este caso es la relación entre autor y víctima y la frecuencia que esto ocurre. Es decir, esa permanencia del trato violento.

Y, por último, quiero mencionar la agravante genérica de género junto con de sexo, cuya regulación se encuentra en el artículo 22.4 del Código Penal. Veo que con la reforma que se produjo en 2015 aún no ha solucionado el problema a la introducción “género”, diferenciándolo de “sexo”. Y algo que también me ha llamado la atención es que la agravante de género ya no se exige que haya esa intención de humillar a la mujer, sino que sea fruto de una situación de por sí querer humillarle. Y, por lo tanto, la diferencia que se da entre la discriminación por razón de sexo con la de género entre muchas otras diferencias, es que, en la primera, el sujeto pasivo únicamente puede ser la mujer mientras que, en el segundo supuesto, la discriminación por razones de género, podrá ser hombre o mujer, siempre que no se ajuste a los roles de género que se encuentra establecido para su sexo.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Leyes:

- 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. Boletín Oficial del Estado, de 31 de marzo de 2015, núm. 77. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2015-3439 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.](#)
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial de Estado, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2004-21760 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.](#)
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social a los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, de 30 de septiembre de 2003, núm. 243. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2003-18088 Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.](#)
- Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Boletín Oficial del Estado, de 1 de agosto de 2003, núm. 183. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2003-15411 Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.](#)
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 26 de noviembre de 2003, núm. 283. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2003-21538 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.](#)

- *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de junio de 1999, núm. 138. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1999-12907 Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.](#)*
- *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm.281. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.](#)*
- *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Actualmente Asamblea General de 1993.*
- *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. Actualmente como IV Conferencia de Mujeres en 1995.*
- *Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2014-5947 Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.](#)*

Libros y Revista:

- *Revista. Rebollo Vargas, R. (2015). “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento”. (Revista General de Derecho Penal). España.*
- *Revista. Elena B. Marín de Espinosa Ceballos. (2018). “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”. (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología). España.*

- *Revista. Elena Núñez Castaño. (2010). “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). España.*
- *Revista. María Acale Sánchez. (2005). “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”. (Revista de Derecho Penal y Criminología). España.*
- *Revista. Carolina Bolea Bardon. (2007). “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”. (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología). España.*
- *Revista. Néstor Orejón Sánchez de las Heras (2021). “La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Número 444/2020, de 14 de septiembre”. (Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época, nº 25, págs. 343 – 361. España.*
- *Revista. Sandra López de Zubiría Díaz, (2022). “La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género”. Revista en Cultura de la Legalidad, 22, 158-187. España.*
- *Libro. Inés Alberdi. Natalia Matas. La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España. Editorial Fundación “la Caixa”. España.*

Sentencias:

- *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 de mayo de 2008. RTC\2008\59.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 856/2014 de 26 de diciembre de 2014. RJ\2015\89.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 892/2021 de 18 de noviembre de 2021. RJ\2021\5182.*
- *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008, de 14 de mayo de 2008. RTC\2008\59.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 444/2020 de 14 septiembre. RJ\2020\3274*

- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 565/2018 de 19 noviembre. RJ\2018\4957.*
- *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 de mayo. RTC\2008\59.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. RJ\2018\4156.*
- *Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 160/2018 de 9 marzo. JUR 2018\160753.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. RJ\2018\4156.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 677/2018 de 20 de diciembre de 2020. RJ\2018\5819.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 677/2018 de 20 de diciembre de 2020. RJ\2018\5819.*
- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 807/2010 de 30 de septiembre de 2010. RJ\2010\7656.*

Sitios Webs:

- *Oscar Cano Fuentes (3 de marzo, 2016). Maltrato Habitual En El Ámbito Familiar (Artículo 173.2 del Código Penal) Disponible en: [Maltrato Habitual En El Ámbito Familiar \(Artículo 173.2 del Código Penal\). - El Blog de Oscar Cano. \(oscar-cano.com\)](#)*
- *Dr. Juan Alberto Díaz López. Director de J. A. DÍAZ –Litigación Penal- (15 de septiembre en Derecho Penal). La reforma de la agravante genérica de discriminación. Disponible en: [La reforma de la agravante genérica de discriminación – J.A. Diaz \(litigacionpenal.com\)](#)*