

## ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICO-PENALES EN LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

**Carlos Suárez-Mira Rodríguez**

*Prof. Titular de Derecho Penal de la Universidad da Coruña. Director General  
del Centro de Estudios Judiciales y Seguridad Pública de Galicia*

### **RESUMEN:**

En este artículo se analiza la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género en su vertiente penal tras haber pasado revista a las principales reformas que sobre esta cuestión se habían llevado a cabo por sucesivas leyes modificativas del Código Penal. Se elucidan las dudas que algún sector de la doctrina alberga en torno a la cuestión de la presunta inconstitucionalidad de ciertas disposiciones y se comentan los distintos preceptos penales que resultan modificados por la nueva normativa.

**Palabras clave:** violencia; género; maltrato; discriminación; lesiones; víctima; mujer.

### **ABSTRACT:**

This article analyzes the Organic law that regulates the measures of integral protection against gender violence from a penal point of view, after revise the different laws that have changed Spanish Penal Code. Moreover, the text tries to resolve some doubts about the possible unconstitutionality of some legal regulations and it comments the different penal rules that were modified by the new normative.

**Key words:** violence; gender; mistreatment; discrimination; injuries; victim; woman.



## *Algunas cuestiones jurídico-penales en la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tutela Penal. A) Consideraciones previas. B) Evolución legislativa. C) La presunta inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos penales. D) Análisis de las modificaciones legislativas. a) Suspensión de penas. b) Comisión de delitos e incumplimiento de condiciones durante el período de suspensión de la pena. c) Sustitución de penas. d) Lesiones. e) Malos tratos. f) Amenazas. g) Coacciones. h) Quebrantamiento de condena. i) Vejaciones leves.

### 1. INTRODUCCIÓN

La violencia familiar preocupa mucho a nuestros conciudadanos. Es evidente que la percepción social sitúa a este fenómeno entre los más alarmantes del momento. A ello contribuyen, sin duda, los medios de comunicación, pero eso no quiere decir que aquella percepción resulte errónea o sea el producto de una manipulación informativa, pues lamentablemente el número de episodios es intolerable en un entorno que se presume altamente civilizado.

En efecto, el número de casos de violencia doméstica se ha incrementado notablemente en los últimos años. Si en 1999 murieron 56 mujeres, generalmente a manos de sus maridos o compañeros sentimentales, en 2003 la cifra ascendió a 86, mientras que el número de denuncias presentadas en este año fue de 76.732, representando las mujeres más de un 90% del total. Pero es que en 2004 ya ascendían a 99.111 las denuncias, con 100 personas muertas de las que 81 eran mujeres y 65 murieron a manos de su pareja. Asimismo, en el período Agosto-Diciembre de 2003, fueron dictadas 6.004 órdenes de protección de conformidad con la *Ley 27/2003, de 31 de julio*, que entró en vigor precisamente el 2 de agosto de 2003. Las últimas cifras disponibles en el Consejo General del Poder Judicial evidencian que en el primer semestre de 2005 se presentaron en España un total de 51.382 denuncias y se adoptaron 13.989 órdenes de protección.

En el marco de este clima, y atendiendo a la inquietud social, el Gobierno de la nación proyectó en su día y las Cortes Generales aprobaron recientemente una ley integral para tratar de poner freno a esta situación. Obviamente, no ha sido ésta la primera de las medidas legislativas dirigidas a tal fin, pero sí la más ambiciosa de todas, pues junto a la articulación de mecanismos represivos, añade otros esencialmente preventivos, formativos, asistenciales, reparadores y promocionales. En todas estas facetas es, desde luego, muy oportuna la llegada de la ley, aunque quizás el juicio sobre la misma no pueda ser tan favorable en lo que se refiere al tratamiento de determinados aspectos penales de la violencia intrafamiliar, como veremos a continuación.

En el abordaje de la cuestión también debe tenerse presente que la violencia doméstica no constituye, en puridad, un problema simplemente jurídico, sino un problema social con raíces históricas y culturales asentadas en la primitiva concepción que atribuye a la mujer un *status* de inferioridad respecto del varón<sup>1</sup>. La solución demanda, por ello, respuestas de distinto signo, aunque destaca, naturalmente, la de índole jurídi-

---

<sup>1</sup> De todos modos, el propio Ordenamiento jurídico ha propiciado en ocasiones esa creencia, con absurdas regulaciones en materia de capacidad de obrar de la mujer, régimen matrimonial, autoría de determinados delitos exclusiva de la mujer, etc.

co a través de la puesta en marcha de una serie de medidas legales y judiciales eficaces, incluidas, por supuesto, las de naturaleza penal.

La acción pública en un Estado de Derecho tiene necesariamente que manifestarse por medio de acciones jurídicas como mecanismos que son de ejecución de una determinada política social, y la base de ese conjunto normativo a través del que operan los entes públicos (y no sólo el Estado, sino también las Comunidades Autónomas, los Municipios y otras entidades de base no territorial) aparece constituida, lógicamente, por la Constitución de 1978, la cual propugna una serie de valores que, respecto de esta materia, debieran ser desarrollados a través de una legislación dirigida a la protección de la mujer maltratada. Me refiero a aspectos tan importantes como la dignidad de la persona (art. 10), el derecho a la igualdad (art. 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32) y la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39).<sup>2</sup>

Respetando este planteamiento ha sido como el Consejo de Ministros aprobara el 7 de mayo de 2004, a propuesta de los Ministerios de Justicia, de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, el *Plan de Medidas Urgentes para la Prevención de la Violencia de Género*. Este Acuerdo era previo a la tramitación por vía parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género. Las principales medidas que figuraban en este Plan, circunscribiéndonos a las que son competencia del Ministerio de Justicia, se referían fundamentalmente a interesar del Fiscal General del Estado la adopción de las medidas precisas para extremar la vigilancia y la preservación de los derechos de las víctimas en el ámbito de los procesos que se instruyan y que afecten a delitos o faltas relacionados con la violencia de género contra alguna de las personas comprendidas en el artículo 173.2 del Código Penal, incluyendo, entre otras:

- 1) Considerar prioritaria la persecución de los delitos relacionados con la violencia de género.
- 2) Prestar especial atención a la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión, en los casos más graves, del régimen de visitas a los hijos establecido a favor del agresor.
- 3) Instar, en caso de quebrantamiento de las órdenes de alejamiento, la inmediata detención y puesta a disposición judicial del infractor como posible autor del delito de quebrantamiento de medidas y la aplicación de la prisión provisional.
- 4) Fortalecer los mecanismos de cooperación entre el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con el fin de elaborar un mapa de riesgo para la coordinación de actuaciones de prevención e intervención rápida.
- 5) Elaborar un protocolo de denuncia que favorezca un modelo normalizado e integral de denuncias para un mejor conocimiento de la compleja situación personal y familiar, tanto de la víctima como del agresor, y que permita incorporar información completa sobre la situación física y el estado psíquico de los menores relacionados.

El producto normativo final de aquel acuerdo político —la *Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*—

---

<sup>2</sup> Sostiene con acierto Morillas que la respuesta jurídica a la violencia en el ámbito doméstico está sustentada en estos valores y principios constitucionales. Morillas Fernández, D. L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Cádiz, 2003, p. 23.

considera al fenómeno de la violencia contra la mujer de manera unitaria, tratando de resolver una dispersión legislativa que ha sido considerada perjudicial para una eficaz protección de las víctimas. Por ello, esta Ley cuenta, junto a otra serie de previsiones sanitarias, educativas, asistenciales, etc., con un Título dedicado a la tutela penal de aquéllas y con otro relativo a determinadas medidas judiciales específicas. Nos ocuparemos exclusivamente del primero de ellos.

## 2. TUTELA PENAL

### A) Consideraciones previas

El espíritu que impregna la génesis y el desarrollo de esta Ley no es otro que el de tutelar a la mujer, no meramente como víctima de violencia en un entorno doméstico, sino específicamente como víctima de la violencia de género, generalmente —aunque no siempre— en un entorno doméstico. Basta con acudir al art. 1 de la Ley 1/2004 para comprobarlo<sup>3</sup>. En él se dicen muchas cosas que servirán de guía interpretativa a lo largo de su articulado:

1. La Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres.
2. Esa violencia es ejercida [exclusivamente] por los hombres.
3. Los hombres que la ejercen son únicamente aquéllos que son o han sido cónyuges de estas mujeres o están o han estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.
4. Esta violencia es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

A partir de esta declaración de principios, se articulan una serie de medidas de diversa índole que tratan de corregir esa anómala situación. También se dice en el artículo 1 que las medidas son de protección *integral* y tienen al menos cuatro finalidades:

1. **Prevenir** esa clase de violencia, por tanto, tratando de evitar que se perpetúe. Para ello se actuaría con toda clase de medidas.
2. **Sancionarla**: eso se haría, sin duda, a través de las medidas penales.
3. **Erradicarla**: además de las penales, todas las demás medidas de tipo educativo se hallarían dirigidas a ese objetivo.
4. **Prestar asistencia a las víctimas**.

Finalmente, en el artículo 1 se define lo que haya de entenderse por violencia de género: *todo acto de violencia física y psicológica*. Y matiza, para evitar interpretacio-

---

<sup>3</sup> 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 sus víctimas.

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.”

nes que pudieran estar basadas en anteriores leyes contra los malos tratos, que quedan incluidas en el concepto las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y la privación arbitraria de libertad.

### **B) Evolución legislativa**

Haciendo un poco de historia, fue en el año 1989 cuando se promulgó la primera ley que introdujo en el Código Penal una regulación específica de las conductas de malos tratos en el ámbito del hogar. Era la *LO 3/1989, de 21 de junio*, la que incluía en el Código Penal un artículo 425 dedicado al maltrato doméstico<sup>4</sup>. También contenía una falta en el artículo 582 *in fine* que agravaba la pena de los malos tratos genéricos en consideración a los sujetos pasivos<sup>5</sup>. Pero la prueba de que en aquel año la violencia de género no era motivo de preocupación para el legislador la encontramos en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley, que no protegía específica ni prioritariamente a la mujer, sino “a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar”<sup>6</sup>.

Desde entonces ha habido —en orden creciente de complejidad y grado de punición— hasta cuatro versiones de este tipo delictivo. Principalmente se ha producido una ampliación del ámbito de los sujetos, la añadidura de la violencia psíquica junto a la física, un delineamiento legal de la noción de habitualidad y un endurecimiento de las penas. Sin embargo, y pese a lo que doctrinalmente fueron considerados singulares avances, pudo constatarse que cuanto más intensa y extensa se iba haciendo la respuesta penal y también la judicial (pues igualmente se incorporaron medidas procesales como las órdenes de alejamiento, las órdenes de protección, etc.) más se incrementaban los casos de violencia intrafamiliar, cumpliéndose una vez más la regla de que una mayor represión no garantiza de suyo la reducción de la delincuencia, sino que a menudo se produce un acrecentamiento de ésta. Ello no quiere decir, naturalmente, que haya de abandonarse esta vía, pero resulta paradójico que mientras entre los penalistas crece el escepticismo acerca de la eficacia disuasoria de la pena en algunos casos y la renuencia a su ampliación, muchos agentes sociales se entregan a ella con auténtico entusiasmo a pesar de que los resultados obtenidos no sean precisamente alentadores<sup>7</sup>.

La primera de las reformas acaeció con la promulgación del Código Penal de 1995, habiéndose abordado la cuestión en un artículo 153 incluido en el Título de las lesiones que se mantuvo en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 9 de junio de 1999. Las principales novedades consistieron 1) en una ampliación del ámbito de los posibles sujetos pasivos, pues ahora se incluyen no sólo los hijos sujetos a la patria

4 Art. 425 CP: “*El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.*”

5 Art. 582 *in fine* CP: “*El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.*”

6 “Respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados mas que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual.”

7 Señala Fuentes Soriano que una posible explicación de ese fracaso (o al menos una parte de la explicación) radicaría en que se trataba siempre de luchar contra este tipo de violencia a través de normas de carácter exclusivamente penal, necesarias, pero no suficientes. Fuentes Soriano, O., “Violencia de género. La respuesta de la Ley Orgánica de medidas de protección integral”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 5, Octubre, 2004.

potestad, sino los hijos propios (al margen de la patria potestad que eventualmente se ejerciere sobre ellos) y los hijos del cónyuge o conviviente, así como los ascendientes; también se exige 2) la convivencia con los ascendientes, incapaces o hijos no sometidos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del sujeto activo o de su pareja; por otra parte 3) se eleva notablemente la pena, pasando de la de un mes y un día a seis meses de prisión a la de prisión de seis meses a tres años; finalmente, 4) se establecen específicas previsiones concursales.

Sin embargo, y a pesar del avance que supuso, la doctrina fue crítica ante su insuficiencia, lo que motivaría una posterior reforma que llegaría de la mano de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 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*<sup>8</sup>. Esta importante Ley surge en el marco del Plan de acción contra la violencia doméstica aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998. Modifica varios artículos del Código Penal (33, 39, 48, 57, 83, 105, 153<sup>9</sup>, 617<sup>10</sup> y 620<sup>11</sup>) incluyendo como pena accesoria de determinadas infracciones penales la de prohibición de aproximación a la víctima, tipificando como delito específico la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y haciendo posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

También se modifican los artículos 13 y 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introduce un nuevo artículo 544 bis. Se trata así de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia mediante una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, eliminán-

8 Ésta mantuvo su vigencia, en cuanto al contenido del art. 153, desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2003.

9 Art. 153 CP (LO 14/1999, de 9 de junio): *“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.”*

10 Art. 617.2 CP (LO 14/1999, de 9 de junio): *“El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.*

*Quando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.”*

11 Art. 620 CP (LO 14/1999, de 9 de junio): [se modifica el hasta ahora párrafo final y se añade un nuevo párrafo, que pasa a ser el último quedando dichos párrafos con la siguiente redacción]: *“Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

*Quando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”*

dose la referencia a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres (previsiones que incomprensiblemente aún permanecían en el texto legal, aunque obviamente derogadas de manera tácita). También se revisa la redacción del artículo 103 con el objeto de ponerla en consonancia con el vigente Código Penal.

Asimismo, se reformó la LECrim. para evitar la confrontación visual entre la víctima y los testigos menores de edad con el procesado; la forma de llevarse a cabo podrá consistir en la utilización de diversos medios audiovisuales. Por congruencia con este principio, la práctica de careos cuando los testigos sean menores de edad, pasa a tener carácter excepcional.

La tercera reforma deriva de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre*, y estuvo en vigor desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 28 de junio de 2005, con un artículo 153<sup>12</sup> muy modificado y que será complementado por un hasta entonces inédito art. 173.2 y 3<sup>13</sup>

En fin, la —por el momento— última reforma es la que introduce la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, que entró en vigor el 29 de junio de 2005:

Art. 153 CP: “1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vul-*

---

12 Art. 153 CP (LO 11/2003, de 29 septiembre): “*El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 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. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*”

13 Art. 173.2. CP (LO 11/2003, de 29 de septiembre): “*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.*

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

*nerable 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

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

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

Pues bien, el Legislativo, unánimemente ahora, vuelve a optar por la vía represiva, endureciendo aún más la respuesta penal e introduciendo llamativas novedades en cuanto al sujeto activo de los respectivos delitos relacionados con la violencia doméstica. Podría pensarse que insistir en esta línea es inconveniente tanto desde el punto de vista retributivo como desde una óptica preventivo-general y preventivo-especial, e incluso que pugnaría con el principio de proporcionalidad. Quizás fuese mucho más adecuado profundizar en los mecanismos de reparación y mediación, tratando de reiniciar y consolidar una positiva relación autor-víctima, sobre todo en infracciones de menor entidad. Probablemente se esté abusando del Derecho Penal simbólico, lo cual puede resultar pernicioso para el buen funcionamiento del Sistema Penal en el medio y largo plazo.

### ***C) La presunta inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos penales***

La novedad más importante, en lo que se refiere a la tipificación de las conductas delictivas, radica en la condición del sujeto activo: en algunos tipos ha de ser necesariamente un varón; pero no cualquier varón, sino exclusivamente aquél que sea o haya sido esposo (o asimilado) de la víctima, pues no es simplemente violencia de género, sino además doméstica<sup>14</sup> (aunque ni siquiera tuvo porqué haber convivencia). Así, para

<sup>14</sup> Esto lleva a plantearnos el grado de coincidencia, exclusión o complementariedad de la tipificación de la violencia de género respecto de la tipificación de la violencia doméstica, pues aunque frente a todas las anteriores regulaciones del fenómeno violento familiar se da un salto cualitativo para contemplar la violencia de un sexo sobre otro (masculino sobre femenino), sin embargo no se ha producido una sustitución de una ordenación por otra, sino una compatibilización de ambas regulaciones que comparten, en todo caso, el entorno familiar como espacio delictivo.

Al respecto ha señalado Iñigo Corroza que los dos conceptos han sido adulterados y ambos se aproximan: “En el caso de la violencia de género ésta queda reducida a los actos de violencia ejercida por un

luchar contra la discriminación sobre la mujer, se discrimina al varón endureciendo su régimen penal. Este paradójico trato ha sido calificado incluso de inconstitucional, aunque prestigiosos juristas se han apresurado a negar dicho carácter<sup>15</sup>.

En apoyo de la primera tesis se esgrime el artículo 14 de la Constitución Española que proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda existir discriminación alguna por razón de sexo. La segunda postura se apoya en el artículo 9.2 CE: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”

También se ha dicho que hasta el momento presente nunca se había dado un trato desigual a hombres y mujeres en la propia configuración de los tipos penales, pero eso no es exactamente así, puesto que en 1989 aún podía leerse en el Código que la violación de una *mujer* será castigada con la pena de reclusión menor, conducta que sólo podía llevar a cabo un varón. Asimismo, se hablaba —aunque mucho antes, en el texto revisado de 1963— del estupro de una *doncella*, o del rapto de una *mujer*<sup>16</sup>. Constituían conductas ilícitas cuyo sujeto activo era necesariamente un varón, y que si fueran cometidas por una mujer, serían reconducibles a otros tipos. Por lo tanto no representa novedad alguna el trato discriminatorio o diferencial. Si entonces la tipificación desigual obedecía a la constatación de que esta clase de delitos —los sexuales— los cometían los hombres contra las mujeres, y generalmente nunca al revés, la actual tipificación desigual obedece también a la constatación de que los delitos de violencia doméstica los cometen los hombres contra las mujeres, y generalmente nunca al revés.

Pero la pregunta sigue en pie: ¿es inconstitucional la regulación penal prevista en la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género? A mi juicio no, puesto que los argumentos que se vierten para avalar dicha hipótesis pueden ser fácilmente combatidos:

En primer lugar, se invoca el citado artículo 14 CE, pero ese artículo no puede ser literalmente interpretado, puesto que si así fuere, el Estado simplemente no podría ejercer su función promocional: no se podría reservar un 5% de plazas para discapacitados en el acceso a la función pública; en sus tiempos las mujeres tendrían que haber cumpli-

---

hombre contra una mujer por su condición de tal. Sin embargo... los aspectos penales del concepto de violencia de género recogidos en la nueva ley están limitados al ejercicio de estos actos de violencia en un contexto determinado, como es el de la existencia de una relación actual o anterior de carácter afectivo entre víctima y agresor.” Iñigo Corroza, E., en AA.VV. (coord. Muerza Esparza), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, 2005, pág. 15.

15 Así, Arroyo Zapatero ha indicado en su comparecencia ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados que la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de género de hombres sobre sus parejas no es discriminatoria ni inconstitucional porque obedece a una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer maltratada, que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que las demás violencias interpersonales. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. VIII Legislatura. Nº 70. Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión nº 9 celebrada el 8-9-2004, pág. 18.

En el mismo sentido, tampoco Peces-Barba estima que pueda hablarse de inconstitucionalidad en ese caso, porque el hecho tipificado es más grave en atención a la especial vulnerabilidad social de las víctimas, la cual supone que existe un desvalor añadido al simple y ya inherente a cualquier tipo de acción de maltrato, amenazas o coacciones. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. VIII Legislatura. Nº 64. Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión nº 5 celebrada el 19-7-2004, pág. 10

16 Incluso hasta el Código Penal de 1995 pervivió en sede de matrimonios ilegales la obligación que imponía el art. 479 al contrayente doloso varón de “dotar, según su posibilidad, a la *mujer* que hubiere contraído matrimonio de buena fe.”

do el servicio militar o la prestación social sustitutoria; no existirían las becas y ayudas al estudio, etc., etc. En realidad ese artículo viene a decir que se debe tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, y así entendido, no resulta censurable que la mujer, que generalmente soporta unos niveles de violencia muy elevados en el ámbito doméstico fragmentado, se vea protegida en mayor medida que el hombre, el cual no aguanta esa carga sino excepcionalmente. Así resulta de los estudios estadísticos llevados a cabo por parte de las distintas administraciones y colectivos implicados.

En segundo lugar se invoca, *a contrario sensu*, que la función promocional del Estado social nunca puede suponer que la ley penal se aplique desigualmente. Pero nuevamente esta afirmación es objetable, y en realidad no conozco norma alguna que lo impida. Tanto es así que el Derecho Penal se aplica de manera desigual precisamente para proteger con mayor intensidad a las minorías o grupos sociales desfavorecidos por alguna razón. Y sobran los ejemplos: el tratamiento de los menores de edad y de los incapaces, tanto si son sujetos activos como sujetos pasivos del delito es radicalmente distinto al de los mayores de edad capaces; los delitos cometidos 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca dan lugar a la aplicación de una agravante; la especial vulnerabilidad de la víctima da lugar a una elevación de las penas, etc. Por lo tanto, en mi opinión, la ley aprobada por el Parlamento no sólo no es inconstitucional, sino que, además, cumple con el mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Lo que hace en definitiva es, a través de una conminación penal exacerbada respecto del varón maltratador, corregir la desigualdad real de la mujer frente a aquél, para tratar de conseguir así una igualdad que en la actualidad es sólo formal o aparente.

Despejadas así las dudas de constitucionalidad de los preceptos de naturaleza penal de la Ley, resta únicamente preguntarse si no habría sido más oportuno acudir al mecanismo de la *Ley temporal* o de la *Ley excepcional*, dado que si las medidas educativas y asistenciales que la propia Ley incorpora al ordenamiento jurídico poseen la eficacia que se les presume, de aquí a unos años la igualdad formal hombre-mujer y la igualdad real serán una misma cosa, y entonces dejará de tener sentido la existencia de una ley penal de discriminación positiva, pues podría acabar convertida en una ley penal de discriminación negativa. A lo mejor va en esa línea la previsión establecida en su disposición adicional undécima<sup>17</sup>.

#### **D) Análisis de las modificaciones legislativas**

Los artículos del Código Penal que han sido objeto de reforma en esta Ley son los siguientes: 83.1.6<sup>a</sup> (suspensión de penas), 84.3 (comisión de delitos e incumplimiento de condiciones durante el período de suspensión de la pena), 88.1.3<sup>o</sup> (sustitución de penas), 148 (lesiones), 153 (malos tratos), 171 (amenazas), 172 (coacciones), 468 (quebrantamiento de condena) y 620 (vejaciones leves).

##### *a) Suspensión de penas*

El artículo 33 de la Ley de medidas modifica el párrafo segundo del apartado 1, 6.<sup>a</sup>, del artículo 83 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, que-

---

17 "El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica elaborará y remitirá al Congreso de los Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra la violencia de género."

dando redactado de la forma siguiente: «Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado.»

El cambio es afortunado a primera vista porque se amplía el posible ámbito de imposición de obligaciones al condenado para obtener la suspensión de la ejecución de su pena, pues puede condicionarse ésta no sólo al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares (1.ª) o de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos (2.ª), sino también a su participación en *programas formativos*, laborales, *culturales*, de *educación vial*, *sexual* y otros similares (5.ª). Las medidas 1.ª y 2.ª se hallan dirigidas a la protección física inmediata de la víctima y sus familiares, en tanto que la 5.ª tiene una cierta finalidad reeducadora del sentenciado que, a la postre, pretende una tutela mediata o indirecta de aquéllos, incidiendo en la personalidad del maltratador para procurar cambios positivos en su conducta<sup>18</sup>.

Sin embargo, y como ha sido apuntado<sup>19</sup>, se ha perdido seguridad jurídica, pues aunque pudiera parecer que sólo se ha producido un cambio cosmético (“delitos relacionados con la violencia de género” en lugar de “delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código”), lo cierto es que así se introduce una cierta dosis de incertidumbre al no quedar delimitadas las infracciones a las que resulta aplicable este precepto<sup>20</sup>. En este sentido indica Ruiz de Erenchu Arteche que hubiera sido deseable que el legislador ofreciera un concepto legal de violencia de género como hizo en su momento con el de habitualidad<sup>21</sup>. Sin embargo, lo cierto es que sí lo hizo en el artículo 1.3 de la LO 1/2004 (“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”), pero poco ayuda esa definición legal, pues, por una parte, parece tratarse de una relación *ad exemplum*, y por otra, algunas de esas infracciones las reforma la LO 1/2004, pero otras ni las ha tocado, de modo que tampoco serviría este criterio. Además, hay muchos actos de violencia física y psicológica al margen de esos grupos delictivos, por lo que habría que preguntarse cuándo constituyen violencia de género, si son exclusivamente aquellos cometidos por un varón sobre una mujer o precisamente sobre su mujer, pareja o ex pareja, o incluso si se incluyen los ataques a personas (varones) especialmente vulnerables. Este problema también se dará en los artículos 84 y 88 del Código Penal.

Quizás una posible solución para delimitar algo más el ámbito de aplicación del artículo 83, aunque no óptima, fuese la de conectar esta cuestión con la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer (vid. art. 44 LO 1/2004). De todos modos sigue teniendo el inconveniente de su poca concreción, pues incluye entre las infracciones sobre las que extiende su competencia instructora (además de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales), cualquier otro delito ejecutado con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad,

---

18 Sorprendentemente no se había previsto —con el carácter imperativo con que ahora aparece— esta razonable medida en la legislación anterior.

19 Así, Ruiz de Erenchu Arteche, E., en AA. VV. (coord. Muerza Esparza), *Comentario... cit.*, pág. 30.

20 Ruiz de Erenchu Arteche cree posible que se incluya como autor de un delito de violencia de género tanto al autor de un delito de lesiones como al autor de un delito contra la integridad moral así como al de un delito de abuso sexual, un delito de detención ilegal, un delito de amenazas o, por qué no, un delito de carácter patrimonial. *Op. y loc. cit.*

21 *Op. y loc. cit.*

aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa 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 de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. Así que volvemos al principio: ¿cuándo se ha producido un acto de violencia de género?

*b) Comisión de delitos e incumplimiento de condiciones durante el periodo de suspensión de la pena*

El artículo 34 de la Ley de medidas modifica el apartado 3 del artículo 84 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, quedando redactado de la forma siguiente: «*En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.*»

La mutación de este precepto viene obligada por la efectuada en el anterior artículo, pero no añade nada sustancial porque ya en la legislación precedente se había establecido este régimen más severo que el aplicable al resto de delitos. En efecto, la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena es imperativa cuando el reo de los delitos relacionados con la violencia de género incumple las obligaciones impuestas, pero ese efecto sólo se produce en las restantes infracciones penales cuando el sujeto delinque durante el plazo de suspensión (o cuando el incumplimiento de las obligaciones es reiterado). La razón es evidente: la realidad demuestra que el incumplimiento de las obligaciones impuestas incrementa el riesgo de que la víctima sufra otro ataque. Sin embargo, eso es evidente en el incumplimiento de las medidas 1.ª y 2.ª, en las que se puede dar un acercamiento indeseado a los sujetos protegidos, pero no en la 5.ª. Es cierto que el sometido a la medida está desobedeciendo un mandato judicial, pero sustancialmente no se atisba un peligro tan inminente como en los otros casos que justifique la adopción de una decisión tan rigurosa como la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. Hubiera sido más adecuado, en mi opinión, excluir este incumplimiento del régimen agravado e incluirlo en los supuestos generales del art. 84.2.

*c) Sustitución de penas*

El art. 35 de la Ley de medidas modifica el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, quedando redactado de la forma siguiente: «*En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.*»

Aquí no hay más novedad —y ya ha sido comentada respecto del art. 83 CP— que la sustitución de los términos “el delito tipificado en el art. 173.2 de este Código” por “un delito relacionado con la violencia de género”, además de corregir la referencia a los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83, que ahora se hace a las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83. La reforma operada por la LO 15/2003 fue la que introdujo el régimen de este artículo 88.1.3º que, una vez más, endurece el tratamiento de la delincuencia de género. En este caso, se impide que el reo de esta clase de delitos pueda ver sustituida su pena de prisión por la de multa, fundamentalmente por no hacer recaer la sanción de manera indirecta sobre la propia víctima —en la medida en que pueda depender económicamente del culpable—, pero probablemente también porque la carga coactiva de la pena de multa es inferior a la que porta la de trabajos en beneficio de la comunidad. Además de esta limitación, la imposición adicional de deter-

minadas medidas contempladas en el art. 83 CP es imperativa, y no facultativa como en los demás casos de sustitución. Incluso tiene dicho carácter preceptivo la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico. Esto último no parece justificado, pues no todo condenado por un delito de esta naturaleza requiere el seguimiento de programas reeducativos ni de tratamiento psicológico alguno, especialmente si tenemos en cuenta que muchas de las conductas tipificadas —hasta hace poco constitutivas de simple falta— no evidencian con su comisión desviación psicológica que merezca intervención terapéutica sobre la persona del culpable.

#### d) Lesiones

El art. 36 de la Ley de medidas modifica el artículo 148 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma: *«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

*1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*

*2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

*3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*

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

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

Las novedades afectan a los números 2º (que se modifica), 4º y 5º (que se añaden). En el número 2º se introduce la alevosía —junto al ya existente ensañamiento— como factor de agravación de la pena en las lesiones constitutivas de delito. Parece haberse aprovechado la Ley contra la violencia de género para retocar un subtipo que, en principio, poco tiene que ver con el objeto de la LO 1/2004. Se produce así una cierta equiparación u homologación entre las agravaciones específicas de las lesiones y las agravaciones específicas del homicidio (que, como es sabido, se transmuta en asesinato).

Sin embargo, el cambio sustancial lo constituye la añadidura de dos agravaciones por razón de la condición de la víctima. En la primera (apartado 4º) se atiende a la relación conyugal o asimilada, presente o pasada, existente entre los sujetos del delito. Curiosamente, y aunque en principio parece que sólo puede concurrir el factor agravante cuanto el varón fuese el sujeto activo y la mujer el sujeto pasivo (y seguramente esa fue la intención del legislador), lo cierto es que una interpretación gramatical del precepto permite sostener que resulta indiferente el sexo de quien ocupe la posición activa, pues también en una relación lésbica matrimonial<sup>22</sup> o extramatrimonial, la víctima es efectivamente esposa (o asimilada) de un autor de sexo femenino<sup>23</sup>. Si, en cam-

22 Permitida tras la aprobación de la ley modificadora del Código Civil que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. En efecto, el vigente art. 44 del Código Civil señala que: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” (Párrafo 2.º del artículo 44 introducido por el apartado uno del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.)

23 Para Íñigo Corroza una interpretación sistemática y, sobre todo, teleológica, impondría que el autor sólo pudiera ser el varón (a salvo las hipótesis de especial vulnerabilidad), de modo que en casos de parejas

bio, la situación es la inversa (víctima del sexo masculino a manos de un agresor del mismo o del otro sexo), entonces no concurriría esta agravación<sup>24</sup>. Una interpretación de esta clase implicaría que el precepto es gravemente discriminatorio (incluso dejando de lado las relaciones hombres-mujeres), pues trataría de manera diferente dos hipótesis virtualmente idénticas, como son los matrimonios homosexuales, donde sólo en la versión femenina tendría aplicación el comentado precepto, pero no en la versión masculina. En cualquier caso, resulta conocido que no es la simple interpretación gramatical la determinante para una correcta exégesis.

Por otra parte, es indiferente que haya existido o no convivencia entre los sujetos del delito, aunque será normal que la haya habido tratándose de matrimonios<sup>25</sup>.

El segundo añadido permite el encarecimiento de la responsabilidad criminal cuando la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Esta circunstancia se solapa parcialmente con la del número 3º del art. 148, de modo que si el autor —hombre o mujer— causa unas lesiones del art. 147.1 a un menor de doce años o incapaz que convivan con él (puesto que son personas especialmente vulnerables), tanto podrá apreciarse la circunstancia del número 3º como la del número 5º. De todas maneras es irrelevante la calificación por uno u otro precepto y, en cualquier caso, la calificación por ambos nunca podría suponer exasperación de la pena, pues el hecho de encajar la conducta simultáneamente en ambos números, no puede avalar un tratamiento hiperagravado, pues supondría incurrir en un proscrito *bis in idem*. De esta guisa, el número 5º sirve para endurecer el tratamiento penal de los sujetos que lesionan a individuos especialmente vulnerables (en cierta sintonía con la agravación homónima de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales)<sup>26</sup>, como son sin duda las personas minusválidas (físicas o psíquicas), niños, enfermos, etc., pero también por ejemplo los empleados del hogar internos que fuesen extranjeros en situación irregular o personas que se hallasen en situación similar (personas acogidas prófugas de la justicia, etc.).

#### e) *Malos tratos*

El artículo 37 de la Ley da nueva redacción al art. 153 del Código Penal: «1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

---

homosexuales femeninas o en los supuestos de agresiones de una mujer hacia su marido, pareja o ex pareja, no resultaría aplicable el subtipo examinado. Iñigo Corroza, E., (en AA.VV., coord. Muerza Esparza), *Comentario... cit.*, pág. 24.

24 Eso supone que si en una discusión un hombre causa unas lesiones del 147.1 a su ex novia con la que nunca ha convivido, podrá ser condenado a una pena de entre 2 y 5 años de prisión, pero si es ella quien se las causa a él, la pena será de 6 meses a 3 años que, incluso, por aplicación del 147.2 podría tener un suelo de multa de 6 a 12 meses.

25 Según el artículo 69 del Código Civil “se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.”

26 Vid. arts. 180.3ª, 181.4, 182.2, 183.2 y 184.3 CP.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

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

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

El delito de malos tratos ha aumentado considerablemente en todas sus dimensiones respecto de su primitiva redacción de 1989. Contiene dos tipos básicos, que se diferencian entre sí exclusivamente por la condición del sujeto pasivo (§ 1º y 2º), un subtipo agravado (§ 3º) y un subtipo privilegiado (§ 4º). Aparece en primer lugar la figura que motivó el cambio legislativo, la destinada a proteger especialmente a la mujer víctima de malos tratos. En ella se equiparan una serie de comportamientos que no siempre verifican un contenido de injusto homologable (por cualquier medio o procedimiento causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión). Desde luego, no es lo mismo provocar a otro un trastorno psiquiátrico de cierta entidad que maltratarle de obra sin causarle lesión<sup>27</sup>. La concurrencia del elemento “violencia doméstica” o “violencia de género” no puede igualar punitivamente conductas que de suyo son desiguales; y son desiguales porque el propio Código Penal impone con carácter general sanciones distintas a hechos que también lo son.

El sujeto pasivo, en este primer apartado, tiene que ser o haber sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Por tanto, en la primera modalidad (manteniendo una interpretación sistemático-teleológica) el autor necesariamente tiene que haber sido un hombre, pero no cualquier hombre, sino precisamente el esposo o asimilado de la víctima. Estamos, pues, ante un delito especial, ya que exige en el sujeto activo una característica que sólo una persona, o en ocasiones, alguna más, posee. Además, es indiferente que los sujetos del delito hayan convivido mucho, poco o nada, pues lo único requerido es la existencia actual o pasada de una relación matrimonial o afectiva.

En la segunda modalidad el sujeto pasivo ha de ser una persona especialmente vulnerable —característica que ya hemos definido con anterioridad—, también de sexo femenino. Es probable que la intención del legislador fuera incluir a personas de ambos sexos, pues lo importante sería no tanto el sexo como la especial vulnerabilidad, pero los términos en que ha sido redactado el precepto no permiten otra interpretación que ésta. En efecto, se dice que “la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya

---

27 Que puede consistir en un simple empujón, una colleja o conductas similares.

estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o [la ofendida sea] persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.” El problema se habría evitado si se hubiera dicho “la persona ofendida”, pero si se dice “la ofendida”, está refiriéndose claramente a la mujer, pues en los demás preceptos del Código se habla del “ofendido” para comprender a ambos sexos. Coherentemente con la estructura gramatical de la frase a través de la que se expresa el tipo, la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor tiene que ser mujer, ya que es ofendida y no ofendido. A diferencia del caso anterior, aquí sí se exige convivencia, que además ha de ser actual (“que conviva con el autor”).

En cuanto a la pena es compuesta, alternativa y acumulativa:

- prisión de seis meses a un año o 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Parece correcta la alternatividad establecida entre la pena de prisión y la de trabajos en beneficio de la comunidad, pues habrá que valorar la personalidad del culpable, la naturaleza del hecho y otra serie de circunstancias. Menos sentido tiene que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas sea obligatoriamente impuesta, pues puede que nada haya tenido que ver con los hechos ejecutados. En cuanto a la otra privativa de derechos, será de aplicación cuando el delito haya afectado a personas sometidas a alguna de esas relaciones jurídicas, pero no en caso contrario. Acerca de esta pena tiene muy poco sentido que se haya establecido un máximo de cumplimiento pero no un mínimo (lo que es insólito), especialmente si tenemos en cuenta que la misma pena con que se conmina la conducta tipificada en el párrafo 2º —que es más leve— tiene un máximo más bajo (tres años frente a cinco) pero un mínimo más alto<sup>28</sup> (seis meses).

En el párrafo segundo del artículo anterior se contiene un tipo subsidiario respecto del regulado en el primero, pues mientras la conducta típica es idéntica (de hecho se produce una remisión expresa) su entrada en juego devendrá cuando, siendo la víctima una de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP<sup>29</sup>, no se trate en cambio de ninguna de las aludidas en el art. 153.1. Las diferencias penológicas son las siguientes: la prisión se reduce (tres meses a un año); la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se mantiene (de 31 a 80 días); también se mantiene la relativa a la tenencia y porte de armas; por lo que se refiere a la de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, ya hemos hecho el comentario pertinente.

El párrafo tercero del art. 153 contempla un subtipo agravado que, probablemente, se aplique un mayor número de veces que los correspondientes tipos básicos. En efecto, se agrava la pena —imposición en su mitad superior— en los siguientes casos:

---

<sup>28</sup> Es más alto porque ninguno se ha fijado para la del párrafo primero, que tampoco se puede colegir de las reglas generales (art. 33 CP).

<sup>29</sup> Esas personas son las siguientes: descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, 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, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

- a') Cuando el delito se perpetre en presencia de menores
  - b') Cuando el delito se perpetre utilizando armas
  - c') Cuando el delito tenga lugar en el domicilio común
  - d') Cuando el delito tenga lugar en el domicilio de la víctima
  - e') Cuando el delito se realicen [sic] quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.
- a') Cuando el delito se perpetre en presencia de menores

No ha de ser inhabitual que la conducta de malos tratos acontezca hallándose presentes menores (normalmente los hijos del matrimonio o pareja enfrentada). La razón agravatoria radica sin duda en el impacto emocional que produce o puede producir en los niños la contemplación de escenas violentas protagonizadas por unos progenitores en los que, lejos de hallar un ejemplo de vida edificante, únicamente encuentran odio y falta de respeto mutuo. La conmoción que esto produce en el menor, de inmadura personalidad, justifica una mayor pena.

De todos modos, no parece suficiente con la presencia casual del menor en el lugar de los hechos, pues si ésta ha tratado de evitarse por medios abstractamente eficaces, no parece que deba apreciarse la agravación. Estimo que el sujeto activo debe conocer y querer la presencia del menor (dolo directo) o no preocuparse de su presencia o ausencia en el lugar de los hechos, manteniendo a toda costa la decisión de actuar (dolo eventual).

Por otra parte, resultará asimismo inaplicable el subtipo agravado cuando el menor sea precisamente la víctima del hecho, pues de lo contrario se incurriría en un *bis in idem* (conformaría el delito y a la vez lo agravaría).

- b') Cuando el delito se perpetre utilizando armas

Por armas debe entenderse cualquier instrumento susceptible de causar daños físicos a la víctima, descartando por ello las que sean simuladas que, aunque puedan constreñir el ánimo del ofendido, carecen de aptitud lesiva.

- c') Cuando el delito tenga lugar en el domicilio común

Para resultar aplicable esta agravación, los sujetos del delito deben vivir bajo el mismo techo, pues si estuviesen separados no habría ningún domicilio común, pues no ha de entenderse el término "domicilio" en el sentido administrativo del término, sino como lugar de convivencia habitual de la pareja.

- d') Cuando el delito tenga lugar en el domicilio de la víctima

A diferencia del caso anterior, el presupuesto de aplicación de esta agravación es precisamente una situación de separación en el que la víctima tiene un domicilio y el agresor otro distinto.

- e') Cuando el delito se realicen [sic] quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

El artículo 48 contempla unas penas cuyo contenido está relacionado precisamente con anteriores hechos (enjuiciados o no) de maltrato en el ámbito familiar: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares y prohibición de comunicarse con la víctima o sus familiares. Asimismo, cuando lo quebrantado es una medida de idéntica naturaleza también se agravará la pena.

En el último párrafo del art. 153 se contiene un subtipo privilegiado que resulta de aplicación en hipótesis de menor gravedad, advertida ésta tanto atendiendo a las circunstancias personales del autor del hecho como a éste mismo, y que permite la imposición de la pena inferior en grado. Parece una válvula de escape en manos de los Tribunales para que puedan resolver situaciones antijurídicas que, aunque en apariencia puedan revestir cierta seriedad, a la postre se revelen merecedoras de una menor punibilidad en consideración a un injusto y una culpabilidad disminuidas.

*f) Amenazas*

El art. 38 de la Ley 1/2004 añade tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, con la siguiente redacción: «4. *El que de modo leve amenaza a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

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

*5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en 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 uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

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

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

Estos últimos párrafos del artículo tienen una estructura muy similar al anteriormente comentado, pues en el párrafo cuarto regula la propia violencia de género (salvo en el inciso final), en el quinto (1ª parte) la violencia en el entorno familiar, en el quinto (2ª parte) se contiene un tipo cualificado y en el sexto un tipo privilegiado. Presenta la peculiaridad de convertir en delito —dejando de ser una simple falta— las amenazas leves cuando vayan dirigidas a la esposa o compañera actuales o pasadas o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Tratándose de las otras personas del art. 173.2, excepto las anteriores, se exige ya que la amenaza sea con armas u otros instrumentos peligrosos, y la pena no es tan elevada. Curiosamente, para un injusto objetivo más grave, la pena es más leve.

*g) Coacciones*

Dispone el art. 39 de la LO 1/2004 que el contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción: «2. *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya*

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

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

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

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

De manera análoga a la sucedido con las amenazas proferidas a las personas protegidas en esta Ley ocurre ahora con las coacciones que, expatriadas ambas del art. 620. 2º donde resultaban sancionadas de manera agravada —pero como falta—, pasan a tener la consideración de delito. La estructura sistemática del precepto es prácticamente idéntica a la del delito anterior, por lo que no haremos más comentarios al respecto.

#### *h) Quebrantamiento de condena*

El art. 40 de la LO 1/2004 da nueva redacción al artículo 468 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma: «1. *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

*2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que 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.»*

El artículo 468, siguiendo la línea emprendida por la LO 15/2003, castiga con mayor rigor a quienes quebrantaren una pena o una medida de prohibición de residencia, aproximación o comunicación, que en todo caso será de prisión, sin pena alternativa por la que optar. Parece querer reforzarse así la seriedad de la amenaza penal, pues la práctica demuestra que muchas veces el penado o el sometido a la medida no se toma muy en serio el contenido de las prohibiciones fijadas en dicha pena o medida, siendo a menudo tolerado el acercamiento —sino directamente buscado— por la propia víctima, lo que ha propiciado en ocasiones el advenimiento de un nuevo delito, frecuentemente de trágicas consecuencias. Además, no se distingue entre la calidad de los ofendidos, pues hay una remisión a las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

#### *i) Vejaciones leves*

El art. 41 de la LO 1/2004 modifica el 620 del Código Penal, quedando redactado como sigue: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

*1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

Resultaba obligado tras la tipificación como delito de las amenazas o coacciones leves cuando se dirigen frente a las personas protegidas en esta Ley, que en el núm. 2º del 620 se diga ahora (frente a la regulación ex LO 15/2003) “salvo que el hecho sea constitutivo de delito”. El resto del precepto es idéntico al anteriormente vigente. Por tanto, lo que se pretende es dejar un resquicio a los Tribunales para que puedan valorar, en función de la entidad de la amenaza o coacción, si la conducta es constitutiva de delito o de falta, de manera que la condición del sujeto pasivo (persona incluida en el art. 173.2) no determine de manera automática su inclusión en el Libro II del Código Penal.