

Alicia Rodríguez Núñez
(Coordinadora)



crisol de culturas, crisol de colores...



Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar

Carmen Bolaños Mejía

M^a Luisa Boticario Galavis

Pedro Fernández Santiago

Aída Fernández Vázquez

Pedro García-Parajuá

Josefina García García-Cervigón

Fernando Ibáñez López - Pozas

Marta Navas Tejedor

José Núñez Fernández

Alicia Rodríguez Núñez

Francisco Salvador Miguel



**VIOLENCIA EN LA FAMILIA.
ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR**

ALICIA RODRÍGUEZ NÚÑEZ
(*Coordinadora*)

**VIOLENCIA EN LA FAMILIA.
ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR**

Autores

CARMEN BOLAÑOS MEJÍA
M^a LUISA BOTICARIO GALAVIS
PEDRO FERNÁNDEZ SANTIAGO
AÍDA FERNÁNDEZ VÁZQUEZ
JOSEFINA GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN
PEDRO GARCÍA-PARAJUÁ
FERNANDO IBÁÑEZ LÓPEZ - POZAS
MARTA NAVAS TEJEDOR
JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ
ALICIA RODRÍGUEZ NÚÑEZ
FRANCISCO SALVADOR MIGUEL

 *Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Los autores
Madrid, 2010

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9772-715-0
Depósito Legal: M-44195-2010

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besing@terra.es

Impresión:
SAFEKAT, S.L.
Laguna del Marquesado, Naves 32 K y L - Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	9
Presentación	11
La evolución del tratamiento jurídico de la violencia doméstica.....	13
<i>Carmen Bolaños Mejías</i>	
Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia.....	35
<i>Pedro Fernández Santiago</i>	
Violencia intrafamiliar. Perspectiva psiquiátrica	69
<i>Marta Navas Tejedor - Pedro García-Parajúa</i>	
Violencia en la familia y medios de comunicación social	93
<i>Aída Fernández Vázquez</i>	
Política criminal en el ámbito de la violencia intrafamiliar	137
<i>Josefina García García-Cervigón</i>	
Tutela penal de las víctimas de violencia doméstica.....	163
<i>Alicia Rodríguez Núñez</i>	
La violencia de género en el derecho penal y su constitucionalidad.....	207
<i>José Núñez Fernández</i>	

Índice

Tutela judicial y violencia de género	239
<i>M^a Luisa Boticario Galavis — Fernando L. Ibáñez López-Pozas</i>	
Actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad	271
<i>Francisco Salvador Miguel</i>	
Bibliografía utilizada.....	313

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL Y SU CONSTITUCIONALIDAD

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ¹

Sumario: I. Introducción.— II. Lesiones y malos tratos.— III. Las nuevas amenazas.— IV. Las nuevas coacciones.— V. Los pronunciamientos del TC respecto de la alegada inconstitucionalidad de la LPVG.— VI. Otras referencias a la violencia de género en el Código Penal.— VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto analizar la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOVG), en lo que respecta a las modificaciones que dicha norma introduce en el ámbito penal sustantivo²,

¹ Profesor Asociado de Derecho Penal.

² Sobre esta cuestión existe abundante bibliografía. Ver, entre otros muchos, LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-08; MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-02, pág. 02:1-02:13.; GAYO LAFUENTE, J.: “Elementos de derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley Penal*, núm. 19, Año II, septiembre 2005; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones” en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid

respecto de los delitos de lesiones, el denominado delito de malos tratos, las amenazas, las coacciones y la falta de vejaciones leves. También se realizará un breve análisis sobre otras referencias a la violencia de género en el Código penal (en adelante CP). El examen se ceñirá a los aspectos relativos a la violencia de género propiamente dicha que, como habrá ocasión de comprobar, no son los únicos que se ven afectados por la reforma. El presente capítulo incluye a su vez un apartado sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante TC) sobre la constitucionalidad de algunos aspectos de la LOVG que tanto se han cuestionado.

La Exposición de Motivos de la LOVG se refiere un concepto de violencia de género que la misma quiere prevenir y atajar. Dicha violencia se identifica con «*el símbolo más brutal de la desigualdad existente entre hombres y mujeres... una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*». Se alude también a la noción que de este tipo de violencia existe en el

2005, pág. 498.; CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J. Y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.) *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Madrid 2005, pág. 271; MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia de género y el Código Penal” en *La Ley Penal*, núm. 16, año II, 2005; BOLEA BARDON, C.: “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género” en *RECPC*, núm. 9, 2007, pp. 4 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L.: “1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja” en PUENTE ALBA, L. M., (Dir.) *La respuesta penal a la violencia de género*, Comares, Granada 2010, pp. 1 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., y REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en VV.AA., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex 2006, pp. 79 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer” en VV.AA., *Tutela penal y tutela judicial...cit.*, pp. 14-18.; ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos constitucionales”, en PUENTE ALBA, L. M. (Dir.): *La respuesta...cit.*, págs. 68-69; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Prólogo a la decimocuarta edición del CP*, Tecnos, 15ª ed., págs. 19 y ss.; LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia de género” en *InDret*, 1/2009, febrero 2009; MIRANDA AVENA DE, C.: y MARTOS MARTÍNEZ, G., “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley” en prensa; POLAINO ORTS, E.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer” en *InDret*, 3/2008, julio 2008.

ámbito internacional, según la cual ésta es «... *una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*»³.

Se parte pues de un concepto de violencia de género, por así decirlo, descontextualizado, pues se toma como referencia la violencia de la que son objeto las mujeres por el hecho de su sexo sin que se tengan en cuenta como parámetros de definición los escenarios en los que dicha violencia pueda tener lugar como pueden ser el familiar y/o el de la pareja. Este planteamiento resulta acorde con el que se defiende desde ciertos sectores que consideran que «*la vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón –al amparo de las pautas culturales dominantes– para mantenerla bajo su control absoluto*»⁴.

Sin embargo, la LOVG ya en su Título Preliminar se separa, en cierto modo, de este concepto de la violencia de género. En efecto, en el artículo 1 se establece que “*la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*”. Así pues, la reforma penal se ocupa de la violencia de género, pero lo hace en un determinado contexto que es el de las relaciones matrimoniales o de pareja presentes o pretéritas con o sin convivencia. De este modo, la mujer resulta destinataria de una protección reforzada y específica pero sólo en su condición de actual o anterior esposa o pareja. Asimismo, la mujer de tal condición no es el único sujeto destinatario de la protección diferenciada y reforzada que la perspectiva de género aconseja. El sujeto especialmente vulnerable que, con independencia de su sexo, conviva con el agresor, recibe idéntico amparo. La referencia a este tipo de sujeto queda fuera de la noción de género puesto que lo que cuenta es la especial vulnerabilidad del mismo respecto del agresor con el que conviva, con independencia del sexo que puedan tener éste o aquél.

³ Ver Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, BOE 29 de diciembre de 2004, núm. 313 [pág. 42166].

⁴ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia...”, ob. cit., pág. 08:4.

En consecuencia, dicha figura no será abordada en éste sino en otros capítulos de la presente obra.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo planteado, se podría afirmar que no estamos ante una “*Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, sino ante una normativa que trata de luchar contra la violencia de la que son objeto las mujeres por parte de los hombres en determinados contextos, lo que no agota la noción violencia de género. La LOVG continúa así la tradición legislativa que arrancó con la LO 3/1989 de 21 de julio, de *Actualización del Código penal*, pionera en la regulación de un delito de maltrato físico habitual en la relación de pareja o familiar. Las distintas reformas legislativas que se han sucedido desde la del año 89 han tratado de prevenir y castigar, con mayor o menor acierto, la violencia que padecen las mujeres (y también los hombres puesto que antes de la LOVG no se hacían diferencias en este sentido), pero siempre en el seno de las relaciones conyugales, de pareja o familiares. Bien es verdad que, en la práctica, es en este contexto donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia, porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso, según algunos, no significa que la familia o las relaciones de pareja sean la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con los contextos familiares o conyugales. Esta vinculación de la violencia de género con el ámbito doméstico de las relaciones afectivas hace que la violencia contra las mujeres quede a veces diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima⁵.

Se advierte pues que el trato diferenciado que la mujer recibe respecto del varón en el plano penal sustantivo se circunscribe a un determinado contexto: el de las relaciones conyugales o de pareja. En este ámbito las lesiones, malos tratos, amenazas o coacciones se castigan con mayor gravedad cuando el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer. Algunos han considerado ello revela la inconstitucionalidad de la nueva ley pues la misma vulnera los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad. Como ya se advirtió, el presente capítulo abarca además del estudio de las

⁵ *Idem.*

referidas figuras delictivas, los pronunciamientos del TC sobre los apuntados problemas de constitucionalidad.

II. LESIONES Y MALOS TRATOS

1. LOS NUEVOS SUPUESTOS DE LESIONES AGRAVADAS

Los dos últimos supuestos de agravación contenidos en el artículo 148 CP, relativos a la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, así como la mención expresa de la alevosía junto al ensañamiento en el artículo 148. 2 CP, han sido introducidos por del artículo 36 de la LOVG. En estos casos, la penalidad prevista para el tipo básico de las lesiones –prisión de seis meses a tres años– se eleva hasta la pena de prisión de dos a cinco años. Nos centraremos exclusivamente en el supuesto agravatorio que resulta de aplicación cuando la víctima fuere o hubiese sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Los otros dos supuestos de agravación, la alevosía y la especial vulnerabilidad de la víctima que convive con el autor, quedan fuera de la noción de violencia de género por las razones apuntadas y serán objeto de análisis en otros capítulos de la presente obra.

1.1. Esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad

El artículo 148.4 CP agrava la penalidad para las lesiones en los términos expuestos *supra* cuando la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Fundamento de la agravación será, por tanto, la condición de especial debilidad que se presume en la víctima mujer en atención a su relación con el sujeto activo. La agravación procederá cuando el sujeto activo sea un hombre, vinculado matrimonialmente o de manera análoga al sujeto pasivo, que ha de ser esposa o mujer con análoga relación de afectividad. Dicha vinculación, puede ser además, actual o pasada y no exige necesariamente la convivencia. Es decir, caben tanto las relaciones matrimoniales como las extramatrimoniales y de noviazgo, y se inclu-

yen los supuestos de parejas separadas, divorciadas, anuladas, o que se encuentren inmersos en tales procesos. La literalidad del precepto apunta sin duda a que el sujeto pasivo ha de ser necesariamente mujer.

Sin embargo, se discute sobre si el sujeto activo debe ser necesariamente hombre. Algunos consideran que sí, puesto que es la interpretación que mejor encaja con la filosofía de la LOVG, orientada a otorgar especial protección a la mujer frente al varón que ejerce sobre la misma un tipo de violencia orientada a perpetuar el rol de inferioridad que la misma tradicionalmente ostenta respecto de aquél. Pero esa no es la única interpretación posible. Como señala la STC 59/2008 de 14 de mayo en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 153.1, es posible otra exégesis según la cual el sujeto activo puede ser la mujer unida matrimonial o sentimentalmente a la víctima (que necesariamente ha de ser mujer), máxime después de que en 2005 se aprobase la ley reguladora de los matrimonios homosexuales.

2. UN NUEVO TIPO DE LESIONES: EL DELITO DE MALOS TRATOS NO HABITUALES

Además de agravar expresamente determinados delitos, la LOVG ha modificado sustancialmente algunos tipos penales, como es el caso del que recoge el artículo 153 CP⁶.

⁶ De acuerdo con la nueva redacción el delito tiene el siguiente contenido: “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 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 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.*

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 pri-

2.1. Análisis de los párrafos 1 y 2 del artículo 153 CP: Especial referencia a la previsión relativa a la violencia de género

2.1.1. Conducta típica y bien jurídico protegido

El artículo 153.1 y 2 CP mantienen como conducta típica la causación de menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código Penal y del maltrato de obra sin causar lesión. La principal novedad reside, no obstante, en el ámbito de sujetos pasivos. Mientras que el artículo 153.1 CP sanciona con mayor pena la causación de dichas conductas cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor –sujetos que cualifican las lesiones en los números 4 y 5 del artículo 148 CP –, el apartado segundo aminora ligeramente la penalidad cuando el sujeto pasivo es alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP, exceptuando, claro está, las mencionadas *supra*. Es decir, que se introducen dos tipos de penalidad para idéntica conducta en función de quien sea el sujeto pasivo de la misma, quedando el primer párrafo del artículo 153 CP para los supuestos de violencia de género en sentido estricto (salvo que se adopte la interpretación apuntada *supra* según la cual el sujeto activo del párrafo primero del artículo 153 CP también puede ser mujer) y el segundo para otras manifestaciones de violencia en el ámbito familiar y/o de pareja.

Si bien el delito se ubica en el Título III relativo a las lesiones, la mayoría de la doctrina considera que el bien jurídico protegido

sión 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 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».

trasciende a la salud e integridad física generalmente tutelada en los delitos de lesiones y atenta también contra la integridad moral y la dignidad de la persona, particularmente en lo que al maltrato respecta⁷.

Con relación a la acción típica es preciso mencionar, en primer término, que tras la reforma de la LOVG desaparece la referencia al que amenazare a otro de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, mención que, como veremos, pasa a ocupar, con mejor criterio, el artículo 171.5 CP ubicado en el Capítulo de las Amenazas. La acción típica del tipo analizado será, por tanto, la de lesionar o menoscabar psíquicamente o golpear o maltratar a otro de obra, siempre y cuando dicha acción tenga lugar en el ámbito de una determinada relación: la conyugal o de pareja, presente o pasada, con o sin convivencia. El menoscabo psíquico y la lesión no pueden estar definidos como delito, es decir, no pueden dar lugar a tratamiento médico o quirúrgico tras la primera asistencia facultativa, pues de lo contrario integrarían el tipo del artículo 147.1 CP que regula el delito de lesiones con la agravante de parentesco del artículo 23 o el del 148.4 CP antes analizado. No obstante, la mención expresa del menoscabo psíquico no deja de resultar sorprendente, por cuanto el término lesión ya engloba el menoscabo tanto físico como psíquico, tal como se desprende de una correcta interpretación de los términos en que se expresa el artículo 147.1 CP (se refiere dicho tipo textualmente a la causación de una lesión *que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental*). Si bien algunos autores consideran que la inclusión de dicha expresión responde a la intención del legislador de recordar al juzgador la posibilidad de aplicación del precepto en casos de afectación leve de la salud psíquica⁸, pudiera también plantearse que lo que se pretende es posibilitar la inclusión de todos aquellos supuestos que, sin encajar literalmente en los conceptos de maltrato corporal o psíquico, o de falta de lesiones, generan en la

⁷ Sobre la discusión en torno al bien jurídico protegido, CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURRILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid 2005, pág. 261; HUERTA TOCILDO, S.: “Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica” en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia 2004, págs. 507 y ss.

⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La constitucionalidad...”, ob.cit., pág. 489.

víctima una situación de miedo y angustia de tal entidad que deben ser abarcados por la norma penal⁹.

Por golpear o maltratar sin causar lesión habremos de entender aquellas acciones de violencia física que no causen lesión, como pellizcos, empujones, bofetadas, manotazos, tirones de pelo, etc. Una conducta como empujar a otro y tirarle al suelo, puede considerarse típica en este sentido (cfr. SAP de Alicante núm. 468/2005 Sección 1^a, de 17 de junio).

2.1.2. Los sujetos

Si bien la acción típica es idéntica en los párrafos 1 y 2 del artículo 153 CP, no ocurre lo mismo con los sujetos pasivos, siendo esta la principal diferencia entre ambos preceptos. En primer lugar, dos son las modalidades de sujetos pasivos que quedan afectados por el apartado 1 del artículo 153 CP: la mujer que esté o haya estado unida al agresor por matrimonio, pareja de hecho o noviazgo; y, en segundo lugar, cualquier otra persona que sea especialmente vulnerable y conviva con el autor —a diferencia del primer supuesto, en el que no se requiere la convivencia—. Vemos que en este caso los sujetos pasivos coinciden con los que daban lugar a la apreciación de lesiones agravadas en los números 4 y 5 del artículo 148 CP, analizadas anteriormente. Con respecto a la primera modalidad que es la única que se refiere, si bien no exclusivamente, a la violencia de género en sentido estricto, puede ser sujeto activo tanto el hombre como mujer, tal y como señala el último pronunciamiento del TC al respecto ya señalado, que tenga o haya tenido con la mujer víctima alguna de las relaciones antes mencionadas¹⁰.

⁹ Así lo entiende CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento...”, ob.cit., pág. 271.

¹⁰ En cualquier caso, la tutela penal más intensa a que el precepto hace referencia obliga a interpretar la ausencia de convivencia en el sentido que haya una relación sentimental lo suficientemente consistente y estable como para que pueda asimilarse a las relaciones que tienen lugar en el ámbito familiar. De no ser así, acabaríamos extendiendo el precepto a relaciones esporádicas que, careciendo de vocación de permanencia, entendemos no debieran equipararse al tipo de relación estable a que hace referencia el tipo penal. Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP” en *Estudios penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid 2005, pág. 18. Y lo mismo con las relaciones sentimentales que ya se han extinguido, pues si bien el tipo penal tiene aplicación con respec-

En lo que al segundo apartado del artículo 153 CP respecta, sujetos pasivos serán aquellos contemplados en el artículo 173.2 CP que no hayan sido ya mencionados en el párrafo anterior. El citado precepto se refiere, en primer lugar, a quien sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Las cuestiones relativas a la interpretación de este párrafo segundo del artículo 153 CP serán objeto de estudio en otros apartados puesto que quedan fuera, como ya se apuntó, de la cuestión relativa a la violencia de género.

2.1.3. El aspecto subjetivo del delito

Con respecto al tipo subjetivo, es obvio que se trata de un delito doloso, siendo problemática la cuestión de si es necesario que concurre un elemento subjetivo adicional al dolo, en el sentido de si se ha de exigir que el sujeto activo, además de realizar la acción típica con conciencia y voluntad, lo haga con la finalidad de ejercer dominio sobre la víctima mujer por razón del sexo de la misma, pues así parece deducirse de la Exposición de Motivos de la LOVG. Si bien, parte de la doctrina parece decantarse por esta posición, lo cierto es que la letra de la ley no exige semejante *animus* para la aplicación del precepto ni para ninguno de los que se ven afectado por la reforma ahora analizada¹¹. Ello supone para muchos una violación del principio de culpabilidad dado que se está presumiendo que todo acto de maltrato que el hombre realice contra la que sea o haya sido su mujer, pareja o ex pareja, está motivado en el machismo, y ello podría no ser así¹². Veremos más adelante la postura del TC a este respecto.

to a las mismas, tendrá que ser únicamente cuando la agresión se deba a la relación sentimental que en su día existió, y no cuando sea por motivos ajenos a la misma, pues en tal caso no estaríamos ante un supuesto de violencia de género tal y como la conceptúa la ley. A esta cuestión se refieren MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia de género y el Código Penal” en *La Ley Penal*, núm. 16, año II, 2005 y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito...”, ob cit., pág. 19.

¹¹ Sobre la conveniencia de exigir un elemento subjetivo del tipo de la naturaleza apuntada, REQUEJO NAVEROS, M.T.: “La violencia de género en el Código penal: aproximación a una regulación polémica”, en VV.AA: *Discriminación por razón de edad y de sexo*, Colex, Madrid, 2010.

¹² MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia... cit. págs. 11 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T.: “Lesiones... cit., págs. 75 y ss. Especial-

2.1.4. Las penas previstas

El primer párrafo del artículo 153 CP prevé la prisión de seis meses a un año, previendo como alternativa los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y la cumulativa de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, siendo esta última de imposición obligada. Asimismo, y cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, en caso de existir tales personas, podrá imponer la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. En el caso del artículo 153.2 CP, la penalidad mínima de la prisión se reduce a tres meses, manteniéndose en los mismos términos la duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad –para lo que no encontramos justificación, teniendo en cuenta que se prevé como alternativa a la prisión– y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Sin embargo, sí varía el tiempo de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, siendo en este caso de seis meses a tres años.

En cualquier caso, la diferencia de la penalidad prevista en ambos tipos es mínima, por lo que, desde un punto de vista práctico, poca va a ser la diferencia en la sanción para el sujeto activo si agrede a su mujer o si agrede a su hermano. Parece más bien que con esta división de sujetos y esa tímidamente agravada penalidad para los supuestos de violencia de género estamos ante un caso de Derecho penal simbólico que pretende transmitir la idea de que es más grave la lesión del hombre hacia la mujer que cualquier otro tipo de agresión que tenga lugar en el ámbito familiar o de pareja, sin que después ello se traduzca en una respuesta punitiva significativamente más grave. No obstante, la diferencia punitiva existe y supone un tratamiento diferenciado de los sexos en determinadas circunstancias. Razón por la que algunos consideran que ello convierte al precepto en inconstitucional, cuestión que será abordada más adelante.

mente prolija resulta, a este respecto, la argumentación que incluyó la Magistrada Titular del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia en la cuestión de inconstitucionalidad que resolvió la STC 59/2008, de 14 de mayo, que será objeto de posterior análisis.

Por otra parte, y como ya ocurrió en el anterior artículo 153 CP introducido por la LO 11/2003, la tipificación como delito de las conductas descritas supone la elevación a este tipo de infracción penal por razón del sujeto pasivo de aquellos injustos que, de no ejercerse sobre los sujetos referidos, tan sólo constituirían falta. Así, el artículo 617 CP tipifica en su párrafo primero la causación por cualquier medio o procedimiento de lesión no definida como delito en el CP y, en el segundo, el golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión, cuando tales conductas no tienen lugar sobre los sujetos mencionados en el artículo 153 CP. La doctrina mayoritaria ha puesto de manifiesto que el incremento de la gravedad de la penalidad caso de cometerse el hecho por los sujetos mencionados, constituye una violación del principio de proporcionalidad de las penas dado que se pueden castigar duramente supuestos de escasa gravedad objetiva. A ello también ha dado respuesta el TC como se verá en apartados posteriores.

2.2. Supuestos agravados

El tercer párrafo del artículo 153 CP eleva la penalidad de los dos primeros párrafos en su mitad superior caso de cometerse el delito en ciertas condiciones alternativas. En primer lugar, la pena se elevará cuando el delito se cometa en presencia de menores. El fundamento de la agravación radica en este supuesto en la mayor afectación psíquica para el menor que supone el presenciar este tipo de actos¹³. Por menor habrá que entender el que todavía no ha cumplido los 18 años de edad. A este respecto, el menor, que debe estar integrado en los sujetos a que hace referencia el artículo 173.2 CP, no puede ser además el sujeto pasivo del delito si atendemos a la literalidad del precepto. Se echa de menos en esta circunstancia de agravación la mención del incapaz, cuya salud psíquica puede verse igualmente afectada en un supuesto como el descrito. CRUZ BLANCA considera que la no inclusión del incapaz se debe a que la visualización por parte de menores de agresiones como las descritas puede incidir en

¹³ Algunos autores consideran incluso que estamos ante auténticos sujetos pasivos del delito por cuanto la acción puede constituir un maltrato psicológico claro. Así lo entienden, entre otros, GÓMEZ RIVERO, C.: en "Algunos aspectos del delito de malos tratos" en *Revista Penal*, núm. 1, 2000, págs. 77 y ss.; y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: en "El delito...", ob.cit., pág. 30.

su proceso de maduración emocional, proceso que no se pone en peligro en caso de los incapaces¹⁴. Por último, nos planteamos si el término *en presencia de* ha de interpretarse en el sentido estricto de ver o presenciar la agresión, o si basta para su apreciación el escucharla, teniendo en cuenta que deberían admitirse ambas posibilidades por cuanto se produce idéntica lesión del bien jurídico.

En segundo término, la penalidad se incrementará también cuando el hecho se lleve a cabo utilizando armas. El fundamento de la agravación reside en la mayor peligrosidad que para la vida o la salud de las víctimas implica la realización del acto de violencia con este tipo de medios. Por arma hemos de entender no sólo las de fuego, sino también todo tipo de armas blancas, como cuchillos, machetes, navajas, etc. Se echa en falta, no obstante, que el tipo no incluya una referencia al uso de otros instrumentos peligrosos, como ocurre en las lesiones agravadas del artículo 148.1 CP y que permitiría incluir medios tan peligrosos para la vida o salud como bates de béisbol, palos, etc. La introducción de esta causa de agravación plantea la posibilidad de un concurso con el delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 CP.

En tercer lugar, la pena se agrava cuando el delito se cometa en el domicilio común o de la víctima, cualificación que, basándose en el lugar de comisión del hecho delictivo, se fundamenta en el mayor impacto psíquico de las agresiones en el entorno inmediato de la víctima, ya que afecta a la protección anímica que el mismo ofrece habitualmente a la misma.

Por último, el tipo prevé la elevación de la penalidad caso de cometerse el delito quebrantando una de las penas previstas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. El fundamento de la agravación reside en la intención de reforzar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad tendentes a proteger a las víctimas de violencia de género y doméstica y encaminadas específicamente a evitar la producción de nuevas agresiones durante la tramitación del proceso o una vez finalizado el mismo. Las penas a que hace referencia el artículo 48 son las de pro-

¹⁴ CRUZ BLANCA, M^a J.: “Los subtipos agravados en el delito de violencia doméstica habitual” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 82, 2004, pág. 144.

hibición de residir o acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima, sus familiares o aquellas personas que determine el Juez, y la prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares o aquellas otras personas que determine el Juez o Tribunal.

2.3. La cláusula de atenuación de la pena

El 4 párrafo del artículo 153 CP incorpora una cláusula de atenuación facultativa de la pena, pudiéndose imponer la inferior en grado a las previstas para cualquiera de los supuestos anteriores en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. Atendiendo a las numerosas críticas recibidas por la tipificación de la violencia de género, basadas principalmente en un quebrantamiento del principio de proporcionalidad de las penas, parece que el precepto se está refiriendo a los casos en los que las circunstancias del hecho, por su levedad, aconsejen la aplicación de un tratamiento penológico más reducido, siempre y cuando tal disminución punitiva sea motivada por el Juez o Tribunal.

Esta circunstancia de atenuación es, no obstante, susceptible de algunas críticas. En primer lugar, por la inseguridad jurídica que suscita puesto que la rebaja es potestativa del juez y sobre la base de circunstancias de suma in concreción, como las condiciones personales del autor o las concurrentes en la realización del hecho. Por otro lado, y esto ya a modo de especulación, esta atenuación potestativa parece encubrir la intención del legislador de corregir la excesiva penalidad con la que se pueden castigar conductas de escasa gravedad como las que pueden dar contenido al nuevo delito de malos tratos (recuérdese que empujar a la esposa y tirarla al suelo sin causarle lesión puede castigarse con pena de prisión de un año de duración). Esto no revela una actitud honesta ni coherente por parte de quien legisla, pues si lo que se quiere es luchar con dureza contra un tipo determinado de violencia castigándola con penas graves, no se puede simultáneamente permitir una rebaja de grado sobre la base de unas circunstancias indeterminadas cuya interpretación extensiva puede hacer que la especial tutela de la mujer no opere en la práctica.

III. LAS NUEVAS AMENAZAS

1. INTRODUCCIÓN: UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS NUEVAS FIGURAS TÍPICAS Y NATURALEZA DE LA REFORMA

La nueva ley incorpora tres nuevos apartados al artículo 171 CP regulador de las amenazas de mal no constitutivo de delito. Se añaden dos nuevos delitos de amenazas leves, que hasta el momento constituían falta, según lo establecido en el artículo 620 CP, y una circunstancia de agravación y de atenuación comunes a los nuevos tipos, idénticas a las que se prevén en la regulación del nuevo delito de malos tratos que ya fueron analizadas.

La cuestión principal es la de elevar a la categoría de delito la amenaza leve, lo que no supone una alteración cualitativa del significado del delito de amenazas en lo que se refiere al comportamiento típico. El sentido que se le ha dado al verbo típico *amenazar* en sede doctrinal y jurisprudencial es, hasta cierto punto, pacífico. Dicho sentido se identifica, de acuerdo con la opinión mayoritaria, con el anuncio o el dar a entender con actos o palabras la causación de un mal futuro. La jurisprudencia se ha pronunciado en igual sentido. Baste citar, por la minuciosidad con la que analiza el tipo de amenazas, la STS 1162/2004 de 15 de octubre. El anuncio de mal futuro¹⁵ no constitutivo de delito sigue siendo el núcleo del comportamiento de este tipo de injustos y las novedades que trae la ley analizada, suponen adelantar la barrera punitiva a supuestos cuantitativamente menos graves en función del sexo y la relación de los sujetos intervinientes¹⁶. En este sentido, como ha señalado DEL ROSAL BLASCO partir de un exhaustivo análisis jurisprudencial, «*la diferencia entre la*

¹⁵ Entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B.: en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2008, págs. 201 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C.: en LAMARCA PÉREZ (coord.) *Derecho Penal Parte Especial*, Colex, Madrid, 2008, pág. 126; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 161; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 2008, págs. 140 y ss.

¹⁶ Para algunos, éste constituye el aspecto más polémico de la nueva ley por los problemas que plantea desde la perspectiva del principio de mínima intervención, como se verá más adelante, y porque es, aunque con menor intensidad que la reforma de las coacciones que serán analizadas más adelante, donde se prevé un trata-

amenaza grave y la leve es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad de los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambas...tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal»¹⁷.

La diferencia entre la falta y el delito de amenazas puede residir también, como señala una reiterada jurisprudencia (ver, entre otras, las SSTs de 23 de abril de 1990, de 18 de noviembre de 1994 y de 14 de junio de 1995), en cuestiones circunstanciales tales como la ocasión en que se profiera la frase y acto amenazantes, las relaciones entre el culpable y la víctima, y los actos anteriores, coetáneos y posteriores, factores todos ellos determinantes a su vez, de la gravedad y credibilidad de la conminación del mal. En consecuencia, habrá que estar a la entidad objetiva del mal que se anuncia y la credibilidad de dicho anuncio, aspecto éste que depende en gran medida de las circunstancias que concurren en el caso concreto tales como lugar y momento de la amenaza y relaciones entre agresor y víctima.

2. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 171.4 Y 171.5 CP

El nuevo apartado cuarto del artículo 171 CP castiga con las mismas penas de la nueva versión agravada del delito de malos tratos ya analizada al que amenace de modo leve 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 o a una persona especialmente vulnerable con quien conviva. Así, la falta de amenazas que recoge el artículo 620.2 CP se convierte en delito cuando la realiza un hombre o una mujer (si seguimos la posible interpretación que apunta el TC en su sentencia de mayo de 2008 ya comentada), contra una mujer en las circunstancias apuntadas.

El nuevo apartado quinto del artículo 171 CP convierte a su vez en delito la amenaza leve realizada con armas u otros instrumentos

miento significativamente diferenciado en función del sexo de los sujetos activos y pasivos del delito. *Vid.* MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia...”, *ob.cit.*

¹⁷ DEL ROSAL BLANCO, B.: *Derecho...*, *ob.cit.*, pág. 202.

peligrosos contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior. Dicho precepto, como ya se apuntó, alude como sujetos pasivos, entre otros, al hombre que sea o haya sido cónyuge del agresor o haya estado ligado a él por una relación de afectividad aún sin convivencia. La pena a imponer en estos casos es la misma que corresponde a la versión privilegiada del nuevo delito de malos tratos, que ya fue analizada. Se observa como este nuevo apartado quinto del artículo 171 CP recoge parte del contenido típico que la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de *Medidas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración social de los Extranjeros*, dedicó al denominado delito de malos tratos recogido en el artículo 153 CP.

En líneas generales se puede afirmar que los nuevos apartados elevan a la categoría de delito el anuncio de un mal no constitutivo de delito con o sin la utilización de armas, que tenga lugar entre determinados sujetos que estén o hayan estado unidos, según los casos, en virtud de una relación marital, afectiva o familiar¹⁸. El carácter leve que debe acompañar a ese comportamiento típico se determina de acuerdo con los criterios jurisprudenciales apuntados anteriormente. El nuevo delito, que en puridad es una falta, se debería aplicar por tanto a supuestos en los que el mal anunciado sea de escasa entidad y su causación sea percibida por parte de la víctima como un evento futuro no del todo cierto, atendiendo al momento y lugar del anuncio y a las relaciones entre el que amenaza y el amenazado. La exégesis del contenido típico de los nuevos delitos de amenazas leves no está por tanto, exenta de problemas, dada la vaguedad de los términos con los que dicho contenido se define y la falta de concreción de los criterios jurisprudenciales.

No obstante, en el siguiente apartado y sobre la base de supuestos ya resueltos por los tribunales, analizaremos el sentido concreto que se ha dado a la amenaza leve constitutiva de delito en la práctica, así como las distintas hipótesis que se pueden dar en función del sexo de los sujetos intervinientes. De tal modo, se podrá observar la

¹⁸ Es abundante la literatura que existe respecto del contenido típico de los nuevos apartados que incorpora la reforma analizada. Entre otros, CAMPOS CRISTÓBAL, R.: "Tratamiento...", ob.cit., págs. 267 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Derecho...*, ob. cit., págs. 199 y ss.; MARCOS AYJÓN, M.: "La violencia...", ob.cit.; LA-MARCA PÉREZ, C.: *Derecho...* ob.cit., págs. 127 y ss.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual...*, ob.cit., pág. 198.

excesiva respuesta penológica que la ley destina a supuestos de escasa gravedad y el diferente tratamiento punitivo que hombre y mujer reciben por perpetrar idénticas conductas. Los mismos problemas de inconstitucionalidad por la quiebra de los principios de igualdad y de culpabilidad que se plantean respecto de las dos figuras delictivas ya analizadas se predicen también de estas nuevas amenazas. Tal problemática será abordada en apartados siguientes.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA AMENAZA LEVE CONSTITUTIVA DE DELITO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

3.1. Consideraciones preliminares

Como se podrá comprobar al hilo de lo que seguidamente se expone, la noción de género que la ley analizada está llamada a proteger se recoge con mayor intensidad en la regulación de estos nuevos tipos de amenazas, en comparación con la del nuevo delito de malos tratos. Ello se observa si tomamos como referente a marido y a la esposa como potenciales sujetos activos y pasivos de las infracciones analizadas. Tales sujetos no agotan la totalidad de individuos a los que se refiere la nueva regulación, pero tomarlos como referente ayuda a comprender con claridad en qué puede concretarse el distinto tratamiento jurídico penal que hombre y mujer reciben por el mero hecho de su sexo en determinados contextos relacionales. Determinados los partícipes objeto de análisis, pasemos a analizar los supuestos de hecho concretos que han sido resueltos por la jurisprudencia.

El análisis jurisprudencial revela que no existen criterios firmes a la hora de interpretar el nuevo precepto. A ello hay que añadir que, en la mayor parte de las resoluciones estudiadas, los fallos condenatorios lo son también por delitos distintos del de amenazas, como el de lesiones. Aunque la apreciación de ambos delitos lo es en régimen de concurso real en el que las distintas infracciones no pierden autonomía, cabe preguntarse si se aplicaría del mismo modo el nuevo precepto 171.4 CP sin la concurrencia de otros delitos. Pudiera ser que el tribunal sentenciador se viera más inclinado a apreciar la concurrencia de un delito de amenaza leve cuando tiene ante sí supuestos en los que dichas amenazas se han

traducido en lesiones físicas. En cualquier caso, este planteamiento se expone en el terreno de la especulación y como tal ha de valorarse.

3.2. Jurisprudencia analizada

La Sentencia 140/2006 de 3 de abril, de la Sección 1ª de Audiencia Provincial de La Coruña, consideró que procedía aplicar el nuevo artículo 171.4 CP al marido que venía realizando de forma continua e insistente llamadas telefónicas a su mujer, María Consuelo, de la que se encontraba separado, y en las que decía, entre otras frases, «*que ella era de él y que no podía estar con nadie más, que la iba a seguir donde fuera, que prefería verla muerta que con otro*». La última llamada lo fue el día 29 de Noviembre de 2005, sobre las 22'30 horas, en la que efectuó una a la tía de la esposa del acusado y en la que le decía que «*sabía que ésta volvería a estar con él y que cuando lo hiciera se iba a enterar de lo que estaba haciendo, y que lo iba a pagar*».

Por su parte, la Sentencia 47/2006 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León de 16 de marzo, consideró responsable de un delito de amenazas del artículo 171.4 al hombre que en una hora no determinada de la noche del día 21 de noviembre de 2005 cuando se encontraba en el domicilio que comparte con su compañera sentimental Ariadna, entabló un discusión con ésta llegándole a decir «*Que estaba con él por las buenas o por las malas*».

También la Sentencia 47/2006 de 21 de febrero de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, consideró al acusado como responsable de un delito de amenazas del artículo 171.4 porque «*tras llegar bebido y con sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de forma importante, comenzó a discutir con su esposa y saliendo los hijos en defensa de su madre la amenazó diciéndole, puta, te tengo que matar, te tengo que rajar de arriba abajo, siendo sujetado por sus hijos*».

En similar sentido se pronunció la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en Sentencia 24/2006 de 6 de febrero, cuando consideró responsable de un delito de amenazas tipificado en el artículo 171.4 CP al hombre que le dijo a su ex compañera sentimental que «*iban a por ella, si no lo hacía él lo harían otras personas*» y que «*no tengo ni miedo ni a ti, ni a la Guardia Civil, ni a nada que perder*». Parecida valoración realizó

la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia 198/2005 de 24 de octubre, que consideró típica a los efectos del artículo 171.4 CP la amenaza que un hombre dirigió a su compañera sentimental al advertirle que *«iba a mandar a alguien para que se encargara de ella»*. Por su parte, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en su sentencia 370/2005 de 26 de octubre, consideró que la acción de decirle el marido a su mujer *«si te gusta tu cara, no toques mis cosas»*, es constitutiva de delito de amenaza leve.

3.3. Interpretación y valoración de los nuevos tipos de amenazas al hilo de la jurisprudencia analizada

A tenor de la jurisprudencia analizada, el marido que amenaza a su esposa diciéndole, v. g., *«si te gusta tu cara, no toques mis cosas»*, podrá ser considerado como autor de un delito de amenazas del artículo 171.4 CP, y podrá ser castigado con penas de hasta un año de prisión. En las mismas circunstancias, la esposa que amenaza de idéntico modo a su marido, podrá ser considerada, en todo caso, como autora de una falta del artículo 620.2 CP castigada con una pena de localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. Sólo en el supuesto de que la esposa dirija a su marido la amenaza y emplee para ello armas o instrumentos peligrosos podrá ser considerada como autora de un delito de amenazas del artículo 171.5 CP, que está castigado con penas más leves que las que recoge el 171.4 CP, antes mencionado, cuya aplicación sólo exige la presencia de una amenaza leve sin necesidad de que concurra ninguna otro elemento típico.

Lo expuesto revela que una misma conducta realizada en idénticas circunstancias está castigada con una pena mucho más grave si es un hombre quien la lleva a cabo. Pero el trato desigual que reciben hombre y mujer en las mismas circunstancias va mucho más allá. Como hemos podido observar, el marido que se limita a decirle a su mujer *«si te gusta tu cara, no toques mis cosas»* recibirá mayor castigo que la esposa que dirige idéntica amenaza a su cónyuge y utiliza a tal efecto armas o instrumentos peligrosos. Es decir que no sólo es que el hombre esté más duramente castigado que la mujer por perpetrar la misma conducta en idénticas circunstancias, sino que la mujer recibe menor castigo que el hombre por

llevar a cabo conductas objetivamente más graves. Y en el caso que nos ocupa la cuestión no es baladí puesto que la diferencia entre anunciar un mal futuro y hacerlo utilizando para ello armas u otros instrumentos peligrosos es clara y amplia. Cuando se amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos se da mucha más credibilidad a la amenaza, básicamente porque los instrumentos con los que se puede causar el mal anunciado están presentes cuando se realiza el anuncio y, además, se ponen en peligro bienes jurídicos distintos de la tranquilidad personal como pueden ser la vida, salud e integridad física.

La noción de género a la que se adscribe la ley en su Exposición de Motivos encuentra reflejo más intenso en la nueva regulación de las amenazas leves que la que recibe en el nuevo delito de malos tratos antes analizado. Los nuevos tipos de amenazas leves sí reservan un tratamiento diferenciado y reforzado a la mujer por el hecho de serlo, aunque dicho tratamiento diferenciado se circunscribe al ámbito conyugal o de pareja. Se aprecia pues, que la regulación de los nuevos tipos de amenazas no está, ni mucho menos, exenta de problemas. Por un lado, se hace evidente el exceso punitivo que se destina a comportamientos de escasa gravedad objetiva. Si bien es cierto que el legislador ha tratado de corregir estos excesos mediante la posibilidad de rebajar la pena según las circunstancias del autor y del caso concreto, la mera intervención del Derecho penal supone ya un error insalvable, y más en estos supuestos donde la hiperbólica previsión penal sustantiva está acompañada de una regulación procesal que hace mucho más intensa la intervención del orden punitivo, dado que estamos en todo caso ante un delito y no ante una falta.

IV. LAS NUEVAS COACCIONES

1. INTRODUCCIÓN: UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS NUEVAS FIGURAS TÍPICAS Y NATURALEZA DE LA REFORMA

La LOVG modifica el artículo 172 CP añadiendo un apartado a este precepto en virtud del cual, en función del sexo y relación que exista entre los intervinientes, se eleva a la categoría de delito lo que era constitutivo de falta, la coacción leve, que aparece recogida como tal para otros casos en el artículo 620.2 CP.

Según el nuevo apartado quien coaccione de modo leve 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, o a una persona especialmente vulnerable que con él conviva, será castigado con las mismas penas que se prevén para la versión agravada del delito de malos tratos y del nuevo delito de amenazas leves del artículo 171.4 CP. La nueva regulación prevé para este nuevo tipo de coacciones, las circunstancias agravantes y atenuantes que igualmente se recogen para el delito de malos tratos y los nuevos tipos de amenazas, que ya fueron analizadas.

El nuevo delito de coacciones no altera cualitativamente el sentido típico de la coacción tal y como ésta aparece definida en el artículo 172.1 CP, y supone, una vez más, la expansión de la barrera punitiva dando la consideración de delitos a supuestos cuantitativamente menos graves. Que la diferencia entre el delito y la falta de coacciones es meramente cuantitativa constituye un planteamiento mayoritariamente acogido por nuestra jurisprudencia (ver, entre otras, las STSS de 24 de abril de 1989 y de 26 de mayo de 1992). La conducta típica consiste en coaccionar de modo leve y la coacción viene definida en el artículo 172.1 CP como la acción de impedir a otro que realice lo que la ley no prohíbe o compelele a realizar lo que no quiere empleando para ello violencia o intimidación¹⁹. Se trata, por tanto, de evitar que otro lleve a cabo una acción que la ley no prohíbe u obligarle a realizar algo que no quiere, utilizando para ello fuerza física o intimidación. Doctrina y jurisprudencia han diferenciado el delito de la falta de coacciones sobre la base de la intensidad de los medios empleados para impedir que otro realice algo u obligarle a que lo haga. En este sentido, como señala MORÁN MORA, citando las SSTs de 5 de mayo de 1999 y de 18 de julio de 2002, «*cuando la violencia ejercida posea una menor intensidad de manera que no pueda encuadrarse en la violencia típica del delito de coacciones, entrará en juego la falta del 620.2º*»²⁰ y

¹⁹ Sobre la conducta típica del delito de coacciones ver, entre otros, CAMPOS CRISTÓBAL, R.: "Tratamiento...", ob.cit., págs. 264 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Derecho...*, ob.cit., págs. 190 y ss.; MARCOS AYJÓN, M.: "La violencia...", ob.cit.; LA-MARCA PÉREZ, C.: *Derecho...*, ob. cit., págs. 127 y ss.; MORÁN MORA, C.: "Delitos contra la libertad", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Navarra 2008, págs. 248 y ss.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual...*, ob.cit., pág. 201.

²⁰ MORÁN MORA, C.: "Delitos...", ob.cit., pág. 248.

ello porque dicha violencia incide de manera reducida en la libertad de decisión y acción del sujeto pasivo. La dificultad estriba en determinar qué características ha de revestir la violencia y la intimidación ejercidas para considerarlas menos intensas de cara a la diferenciación entre delito y falta. Este aspecto de la nueva regulación plantea al igual que sucede con los nuevos tipos de amenazas, problemas interpretativos. Como ya señalara la STS de 10 de abril de 1987, la diferencia entre el delito y la falta de coacciones radica en la gravedad o levedad de la fuerza física o moral y en las características del resultado, «*lo que siempre supone una apreciación circunstancial relativa y de acentuado casuismo*».

La exégesis del contenido típico del nuevo delito de coacciones leves resulta problemática dada la vaguedad de los términos con los que dicho contenido se define y la ausencia de concreción de los criterios jurisprudenciales a la hora de diferenciar el delito de la falta. No obstante, en el siguiente apartado y sobre la base de supuestos ya resueltos por los tribunales, tal y como ya hicimos al examinar los nuevos tipos de amenazas, analizaremos el sentido concreto que se ha dado a la coacción leve constitutiva de delito en la práctica, así como las distintas hipótesis punitivas que se pueden dar en función del sexo de los sujetos intervinientes. De tal modo, se podrá observar la excesiva respuesta penológica que la ley destina a incidentes de escasa gravedad objetiva y el diferente tratamiento punitivo que hombre y mujer, en el seno de determinadas circunstancias, reciben por perpetrar idénticas conductas.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA COACCIÓN LEVE CONSTITUTIVA DE DELITO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

2.1. Consideraciones preliminares

Es precisamente en el nuevo delito de coacciones leves donde con mayor intensidad se recoge la noción de género de la que la LOGV parte. Ello se observa si tomamos como referente al marido y a la esposa como potenciales sujetos activos y pasivos de la infracción analizada. Tales sujetos no agotan la totalidad de individuos a los que se refiere la nueva regulación, pero tomarlos como referente ayuda a comprender con claridad en qué puede concretarse el distinto tratamiento jurídico

penal que hombres y mujeres reciben por el mero hecho de su sexo, en el marco de las relaciones conyugales o de pareja.

La escasez de resoluciones judiciales en las que se estime la concurrencia del nuevo delito de coacciones impide describir una línea jurisprudencial sólida respecto de la exégesis del precepto analizado. Sin embargo y dada la vaguedad con la que se regula el nuevo injusto, es de esperar que las resoluciones futuras adolezcan del casuismo que acompaña a aquéllas que condenan por el nuevo delito de amenazas que ya fueron analizadas. Es preciso advertir, no obstante, que así como el comportamiento típico del nuevo delito de amenaza leve se identifica de modo invariable con el anuncio de un mal futuro, el significado que en sede jurisprudencial se otorga al nuevo delito de coacción leve no siempre coincide con la conducta de obligar a otro a realizar algo o impedirle que lleve a cabo una determinada acción, empleando para ello violencia o intimidación. Uno de los supuestos analizados se acerca más al sentido típico de la amenaza que al de la coacción, de acuerdo con lo que se acaba de exponer.

2.2. Jurisprudencia analizada

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga en Sentencia 9/2005, de 14 de enero, consideró como coacción leve la conducta consistente en impedir que una persona, concretamente la ex mujer del agresor, se relacione con otras y en presionarla, mediante seguimientos y llamadas indebidas, a que reconociera la paternidad del hijo que había tenido en común con el agresor. Por su parte, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en Sentencia 35/2006 de 3 de marzo, condenó al acusado como responsable de un delito de coacciones recogido en el artículo 172.2 CP, «*por, tras hacer finalizado la relación sentimental que mantenía con la denunciante, el día 4 de marzo de 2005 dejó ocho mensajes de voz en el número de teléfono del domicilio de la misma, con expresiones tales como “eres una hija de puta” “te voy a hundir” y “tus amigas son sinvergüenzas”*». Desde dicha fecha hasta la actualidad el acusado ha seguido llamando tanto al teléfono fijo del domicilio como al móvil de la denunciante, así como dejando mensajes en dicho teléfono móvil. Asimismo, el acusado también envía mensajes de voz a la hija de la denunciante arremetiendo tanto contra la hija como contra la madre.

Por otra parte, el acusado merodea por los alrededores del domicilio de la denunciante, así como por el cementerio donde se encuentra enterrada la madre de la denunciante.

2.3. Interpretación y valoración del nuevo delito de coacción leve al hilo de la jurisprudencia analizada

Así pues, si un marido impide que su mujer se relacione con otras personas y la presiona para que reconozca la paternidad del hijo que tienen en común, empleando para ello seguimientos y llamadas indebidas, podrá ser considerado como autor de un delito de coacciones del artículo 172.2 CP, y podrá ser castigado a una pena de hasta un año de prisión. En idénticas circunstancias, la mujer que actúa de igual modo contra su marido, sólo podrá ser considerada como autora de una falta del artículo 620.2º CP y castigada con pena de localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días.

La diferencia de tratamiento punitivo que la nueva ley destina al hombre y a la mujer por el hecho de serlo en el marco de las relaciones conyugales o de pareja, resulta de singular intensidad en el nuevo delito de coacciones del artículo 172.2 CP. En idénticas circunstancias la coacción leve del marido sobre la mujer es constitutiva de delito, mientras que la coacción leve de la mujer sobre el marido es sólo constitutiva de falta. La diferencia de tratamiento punitivo en función del sexo del agresor resulta absoluta en el seno de este nuevo delito. Como se pudo observar, la regulación del nuevo delito de malos tratos y de los nuevos tipos de amenazas también prevé un tratamiento punitivo diferenciado en función del sexo de sujeto activo y pasivo. Pero en estos injustos, la diferencia entre el hombre y la mujer se reduce en virtud de la remisión a los sujetos del artículo 173.2 CP, o por la inclusión de otros tipos delictivos de los que puede ser sujeto activo la mujer y pasivo el hombre. De este modo, aunque la desigualdad de tratamiento jurídico penal subsista, al menos se atempera y con ello relativiza la noción de género en la que supuestamente la ley se inspira. Pero el nuevo delito de coacciones es, por así decirlo, el único de toda la reforma que está verdaderamente configurado como delito de género dentro de la limitación que en este sentido supone el marco conyugal o de pareja al que dicho injusto

se circunscribe y teniendo en cuenta la posibilidad de considerar a la mujer como sujeto activo del mismo (exégesis ésta planteada por el TC en su análisis del delito de malos tratos ya analizado). Ello porque sólo el hombre puede cometer un delito de coacciones leves respecto de su esposa y no así ésta respecto de él. Algunos autores consideran semejante previsión, que diferencia al delito de coacciones respecto del de amenazas y malos tratos en el seno de la reforma analizada, como un olvido del legislador. De esta opinión es MORÁN MORA quien entiende que la salvedad apuntada, prevista por la ley analizada para el nuevo delito de coacciones, seguramente es un despiste del legislador²¹. Se encuentra extraño este cambio en la regulación cuando se ha seguido un esquema de estructura idéntico para las otras dos figuras delictivas afectadas por la reforma; y ya no sólo por la remisión a los sujetos de 173.2 CP, sino por la incorporación de circunstancias agravantes y atenuantes específicas y comunes a los nuevos tipos y de las que sin embargo sí participa el nuevo delito de coacciones leves. Con todo, de tratarse de un despiste, el mismo se va a prolongar pues en la reforma de CP operada por la LO 5/2010 de 22 de junio no se ha incluido modificación alguna en este sentido.

V. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TC RESPECTO DE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LOVG

Como ha habido ocasión de comprobar, la regulación analizada ha suscitado el planteamiento de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad. El diferente tratamiento que reciben hombre y mujer por el hecho de su sexo y la especial gravedad con la que se castigan determinados comportamientos ha conducido a muchos a entender, como ya se puso de relieve, que los nuevos tipos penales quebrantan los principios de igualdad, culpabilidad, dignidad de la persona, presunción de inocencia y proporcionalidad. Hasta el momento, TC constitucional se ha

²¹ La autora afirma que: “seguramente se trate de un olvido del legislador, pues la nueva regulación de las amenazas y los malos tratos no es más que el resultado de desglosar y reubicar las conductas que la reforma de la LO 11/2003 había situado en el artículo 153, y en ese momento no se incluyeron como en este precepto las coacciones leves”. *Vid.* MORÁN MORA, C.: “Delitos...”, *ob. cit.*, pág. 258

pronunciado a este respecto en relación con el delito de malos tratos del artículo 153 CP y el de amenazas recogido en el 171.4 CP²². Son numerosos las sentencias del alto tribunal que se han ido sucediendo en los últimos años pero todas reproducen los argumentos esgrimidos en la primera, concretamente la STC 59/2008 de 14 de mayo.

En este fallo el TC, con una mayoría de siete votos contra cinco²³, desestima la cuestión de inconstitucionalidad por todas las cuestiones planteadas. En síntesis, se entiende que no se está quebrantando el principio de igualdad puesto que la mujer y el hombre en el seno de las relaciones conyugales y de pareja se encuentran en marcada desigualdad de condiciones, ostentando la mujer una posición de inferioridad respecto del hombre lo que justifica el trato diferenciado favorable a aquélla por razón del sexo. Por otro lado, tampoco se vulnera el principio de culpabilidad puesto que el hombre que lesiona, maltrata, amenaza o coacciona a la mujer que es o ha sido su esposa o pareja está repitiendo una pauta muy arraigada de violencia contra la mujer que perpetua la desigualdad de la misma. Su aporte, por así decirlo, no se puede considerar en aislado pues se inserta en esta dinámica de sometimiento protagonizada por sus semejantes en el pasado y de ello el hombre tiene que ser necesariamente consciente. Asimismo, tampoco los nuevos preceptos quebrantan el principio de proporcionalidad puesto que la pena de prisión se perfila como alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad y todos los tipos cuentan con la posibilidad de rebaja en grado de la pena.

Parte de la doctrina considera los argumentos descritos sumamente insuficientes y de todo punto rebatibles²⁴. A pesar del posicionamiento del TC, se sigue insistiendo en que el trato desigual no está

²² La primera sentencia fue la que se dictó en relación con el delito de malos tratos del art. 153.1, concretamente la STC 59/2008 de 14 de mayo. A la misma y sobre el mismo tipo le han seguido otras (SSTC 76/2008, de 3 de julio, 81, 82 y 83 /2008, de 17 de julio, 95, 97, 98, 99 y 100/2008 de 24 de julio). La STC 96/2008, de 24 de julio se refiere expresamente a los malos tratos recíprocos. Por último, la STC 45/2009, de 19 de febrero, se pronuncia sobre el artículo 174.1 relativo al delito de amenazas.

²³ Ello no hace sino indicar que la decisión dista de ser pacífica.

²⁴ Con especial contundencia en este sentido se han manifestado, entre otros, GIMBERNAT y REQUEJO NAVEROS (ver, respectivamente, GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo...*cit.*, págs. 19 y ss.; REQUEJO NAVEROS, M.T.: "La violencia...", ob. cit.

justificado en todas las situaciones, en que la violencia del hombre hacia la mujer no se inspira siempre y en todo caso en un ánimo machista y que obviar esto supone una quiebra del principio de culpabilidad y el regreso al derecho penal de autor, y en que las penas resultan muchas veces desproporcionadas pues la alternativa de los trabajos en beneficio de la comunidad pasa por el consentimiento del reo y la regulación de la rebaja de la pena no resuelve el problema como se puso de relieve en apartado anteriores²⁵.

VI. OTRAS REFERENCIAS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

El legislador ha empleado la expresión *violencia de género* en la regulación de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. De hecho, es sólo en la regulación de dichos expedientes cuando el legislador, en sede de Derecho penal sustantivo, emplea dicha expresión.

En materia de suspensión, el artículo 83 establece las condiciones a las que puede someterse este expediente. En dicho precepto se señala textualmente que “*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 consistentes en prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal, o de comunicarse con ellos y participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Cabe preguntarse qué se debe entender por la expresión “*delitos relacionados con la violencia de género*”. Se trata de determinar si con la misma el legislador se refiere a los delitos de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones que el hombre dirige contra la que sea o haya sido su esposa o persona unida a él por una análoga relación de afectividad. Es decir, si la expresión se refiere sólo a aquellos delitos modificados por la LOVG y que, a consecuencia de la misma, contemplan un tratamiento diferenciado entre hom-

²⁵ *Idem.*

bre y mujer y otorgan a ésta frente a aquél, una tutela punitiva más intensa. Ello no parece adecuado si tenemos en cuenta que existen otros delitos como por ejemplo los delitos contra la vida o los delitos contra la libertad sexual que en numerosas ocasiones los hombres perpetran sobre mujeres y que constituyen sin duda un claro ejemplo de la violencia machista, por mucho que no hayan sido objeto de modificación por parte de la LOVG y que no contemplen un trato diferenciado entre hombre y mujer en el plano de su regulación sustantiva. Por este motivo, quizá resulte más correcto considerar que los delitos relacionados con la violencia de género son los que señala el artículo 44 LOVG en el que se recoge el criterio competencial en relación con los Juzgados de Violencia de Género. En dicho precepto se establece que estos órganos conocerán de la instrucción de los delitos *“relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia 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, 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”*. Si bien este criterio competencial incorpora un contenido que excede de la violencia machista propiamente dicha, puesto que abarca supuestos en los que el hecho delictivo no lo dirige un hombre contra una mujer, puede no obstante ser utilizado para interpretar las normas relativas a la suspensión de las penas privativas de libertad pues ello permite una protección más adecuada de la mujer frente a este fenómeno de la violencia machista que sin duda va más allá del incidente concreto que pueda sufrir a manos de su marido o ex marido u hombre con el que esté o haya estado unida por una relación de afectividad análoga.

En materia de sustitución de penas privativas de libertad, el artículo 88.1 CP establece con carácter general que las penas de prisión de hasta dos años de duración podrán ser sustituidas por la de multa o por la de trabajos en beneficios en la comunidad aunque tales penas no estén previstas por el delito en cuestión y siempre que se den determinados requisitos. En caso de que el reo hubiera sido conde-

nado por un delito relacionado con la “*violencia de género*”, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad. En estos casos, el juez impondrá 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 CP, que fueron analizados en líneas anteriores. Así pues, en materia de sustitución de penas privativas de libertad se establecen una reglas específicas para los delitos relacionados con la violencia de género que condicionan la aplicación de este expediente mermando la flexibilidad con la que mismo se aplica para otro tipo de delitos. A efectos de interpretar la expresión “*delitos relacionados con la violencia de género*”, nos remitimos a lo planteado en el análisis de la suspensión.

Por último, dentro de los apartados relativos a las penas accesorias, el artículo 57.2 CP establece que en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, cometidos, entre otros, contra quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, se acordará en todo caso en sentencia, la pena prevista en el apartado segundo del artículo 48 (prohibición de no acercarse a la víctima y otros sujetos relacionados con la víctima) por un tiempo que no podrá exceder de los diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. La posibilidad de aplicar esta pena del artículo 48.2 CP es potestativa del juez cuando los delitos no se cometen entre los sujetos a los que el artículo 57.2 CP hace referencia. Dicho precepto no se refiere de manera expresa a la violencia de género pero la misma queda comprendida en su amplio contenido, razón por la cual se ha procedido a su inclusión en el presente apartado.

VII. CONCLUSIONES

La LOVG se adscribe a la caótica y precipitada tradición legislativa que arrancó con la LO 3/1989 de 21 de julio, de *Actualización del Codi-*

go penal. El panorama normativo resultante no añade excesivo orden y concierto a la previsión y castigo penal de la violencia de género en el ámbito matrimonial o de pareja. No estamos ante una ley que se ocupe de la violencia de género en cuanto tal, sino de las diversas agresiones de las que es objeto la mujer en el seno de determinadas relaciones y no necesariamente a manos de un agresor masculino. Se trata por tanto de una regulación que destina a la mujer una salvaguarda específica y reforzada en un referido contexto. Los cambios que la LOVG introduce en el plano penal sustantivo no son del todo coherentes con el tipo de violencia de género que la misma está llamada a proteger y que se describe en la Exposición de Motivos: aquélla violencia que el hombre dirige contra la mujer por el hecho de serlo, al entender que la misma carece de derechos y libertades.

La dimensión de pareja o afectiva que de tal modo condiciona el tratamiento jurídico-penal de la violencia de género no es la única circunstancia que desvirtúa y relativiza este concepto en el seno de la nueva regulación. En este sentido, las previsiones incorporadas respecto de las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones, resultan igualmente aplicables a otras figuras delictivas como las agresiones sexuales o el homicidio que sin embargo quedan fuera del ámbito de aplicación de la LOVG, salvo en lo que se refiere a las cuestiones procesales.

Con respecto al nuevo delito de malos tratos, es preciso advertir que la reforma no ofrece un tratamiento tan diferenciado y tan reforzado para la mujer como cabría esperar a tenor de las razones ya esgrimidas. El hombre, como sujeto pasivo, queda contemplado en la reforma de este tipo penal en virtud de la remisión al artículo 173.2 CP. Si bien el varón no recibe la misma protección que la mujer, la diferencia es más que escasa teniendo en cuenta las consecuencias punitivas que recoge el texto analizado para estos supuestos. La protección penal reforzada y diferenciada que supuestamente la mujer debía recibir tiene más bien escasa entidad, salvo en lo que respecta a las nuevas previsiones relativas a las amenazas y a las coacciones. En el ámbito de las nuevas amenazas, el hombre es castigado con mucha mayor dureza que la mujer por idénticos comportamientos. Pero el trato desigual no se queda ahí, sino que supone, a su vez, que la mujer reciba castigo menos grave que el hombre por conductas de mayor gravedad. Por otro lado, en esta misma línea de desigual-

dad en el referido marco relacional, el nuevo delito de coacciones se configura, y en esto se distancia respecto del nuevo delito de malos tratos y de los nuevos tipos de amenazas, como un verdadero delito de género. La reforma de la coacción implica que la coacción leve es constitutiva de delito cuando el hombre la dirige contra la mujer en determinadas circunstancias. Si en esas mismas circunstancias la mujer coacciona levemente al hombre, ello sólo puede tener la consideración de falta. Semejante diferencia se ve hasta cierto punto atemperada en la regulación del nuevo delito de malos tratos y de los nuevos delitos de amenazas.

Asimismo, las nuevas previsiones normativas de las amenazas y de las coacciones vulneran los principios de proporcionalidad y de mínima intervención que el ordenamiento punitivo está llamado a respetar en nuestro Estado de Derecho. Y es que se emplea el Derecho penal como instrumento de prevención y castigo de comportamientos que pueden ser de escasa relevancia, a los cuales se destinan penas de extrema gravedad.

Con todo, el TC ha declarado en un considerable número de pronunciamientos que la normativa analizada, en concreto la relativa al delito de malos tratos y al delito de amenazas, no supone una quiebra de los principios de igualdad ni de culpabilidad ni de proporcionalidad. Dada la marcada reiteración de argumentos que ha expuesto en las diversas resoluciones, se espera que el alto tribunal siga idéntico parecer respecto del delito de coacciones. No obstante los argumentos no resultan convincentes para importantes sectores doctrinales.

En definitiva se puede concluir que la reforma penal sustantiva que introduce la LOVG es, hasta cierto punto, incongruente con la finalidad que dice perseguir. De otro, es menos significativa de lo que cabría esperar y no obstante, para muchos, que no para el TC, la nueva ley sigue planteando problemas de inconstitucionalidad por el diferente tratamiento que reciben hombre y mujer por el hecho de su sexo, por el hecho de que se presume en el hombre el ánimo machista cuando ejerce determinadas formas de violencia sobre la mujer en ciertas circunstancias, y por la gravedad de sanciones previstas que resultan de aplicación a supuestos concretos que pueden ser de escasa gravedad.

Dykinson, S.L.

www.dykinson.com

ISBN: 978-84-9772-715-0



9 788497 727150