ÍNDICE

1. Introducción *5*

2. La violencia de género en el marco jurídico internacional *9*

2.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. **9**

2.2. La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993 y Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. **11**

2.3. Informe de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing **13**

2.4. Informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres **15**

3. La violencia de género en el marco jurídico estatal y su desarrollo normativo. *17*

3.1. La LO 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. **22**

4. Perspectivas críticas hacia el concepto de violencia de género adoptado por la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *31*

4.1. Una protección no efectiva para las mujeres. **34**

4.2. Discusión interpretativa sobre el concepto "relación de afectividad". **37**

4.3. La problemática de otros posibles sujetos pasivos: los transexuales y las parejas homosexuales. **44**

4.3.1. Los transexuales en la violencia de género 44

4.3.2. Las parejas homosexuales 48

4.4. La posible vulneración del principio de igualdad: especial referencia a la Sentencia número 59/2008 del Tribunal Constitucional. **51**

4.4.1. ¿Se puede considerar el agravante para delitos sobre víctimas de violencia de género una acción positiva? 57

5. Impacto de la Ley Integral *61*

6. Conclusiones finales *69*

7. Fuentes de información *73*

7.1. Bibliografía y artículos **73**

7.2. Jurisprudencia **75**

7.3. Fuentes Normativas **76**

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CGPJ	Congreso General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DEVAW	Declaration on the Elimination of Violence against Women
Fj.	Fundamento Jurídico
Ley Integral	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LO	Ley Orgánica
LOMPIVH	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

1. Introducción

La violencia contra la mujer se comete desde años atrás y supone un problema social para nuestro país. De acuerdo con los roles sociales que han adquirido las mujeres en el paso del tiempo, éstas se han visto desvaloradas y discriminadas en relación con el hombre. Y precisamente éste es el motivo de que se cometa este tipo de violencia específica en razón al género de la víctima. Si bien es cierto que normalmente esta violencia que se da sobre la mujer por los patrones socialmente marcados en los que no estaba en la misma posición de los hombres, no por ello debemos reprochar solo aquellas conductas violentas generadas en función del género cuando la víctima sea mujer. Lo que se debe hacer es reprochar cualquier conducta agresiva a sujetos que se realice por el género. Es decir, lo que no debe permitirse es que se agreda alguien por el hecho de no encajar en un patrón social que se ha configurado con el tiempo, pues se debe garantizar en todo momento la dignidad y libertad de las personas de poder actuar de la manera en que se sientan identificadas.

No fue hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en la que se tipificó este delito. Esta aprobación fue el resultado de las protestas que reivindicaban la creación de una ley que prohibiera la violencia de género, así como la gran difusión que se hizo en los medios de comunicación sobre tal violencia, en especial con el caso de Ana Orantes, la cual fue brutalmente asesinada por su ex marido con quien había compartido toda su vida.

El principal objetivo de la ley fue el de erradicar este tipo de violencia, aunque conviene decir que el delito tipificado en nuestro sistema solamente contempla como víctimas las mujeres que mantienen o han mantenido una relación sentimental con su agresor. Y precisamente sobre esto trata mi trabajo, pues considero erróneo que se conciba la violencia de género de esta forma tan restrictiva, sin importar así su literalidad ni tampoco lo que se establece en los textos internacionales.

Cabe decir que, pese a la creación de una ley específica para la violencia de género contra las mujeres que son o han sido pareja sentimental con el agresor, aún siguen son muchas de ellas las que la sufren. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad recoge que en mayo las víctimas mortales de violencia de género para este año han ascendido a diez. De manera que nos encontramos ante una situación alarmante que

hace que resulte necesario nuevas medidas de protección o bien, mejoras sobre las existentes, pues es evidente que el sistema está fallando.

En relación a la elección de este tema, debo decir que en parte se debe a otro que realicé en la asignatura de Sociología del Derecho, en el que también trataba la violencia de género pero desde otro punto de vista. A la hora de realizarlo vi como se habían generado muchas críticas sobre la diferenciación que ofrece la ley entre hombres y mujeres, pues, como he dicho, solo se prevé que las víctimas de este delito sean mujeres. Ello me condujo a pensar que esto suponía una vulneración para los hombres y por ello decidí profundizar sobre ello, con el objetivo de poder llegar a una conclusión propia y justificada. Pero no únicamente me he centrado en esto, pues también a medida que avanzaba veía como otras críticas en relación al concepto adoptado eran igual de relevantes. De manera que mi trabajo se ha ido desarrollando a medida que iba avanzando en el estudio del concepto de violencia de género y finalmente he recogido las principales críticas generadas en torno a este.

Para poder tratar sobre ello, lo he estructurado de la siguiente manera:

En primer lugar he querido mostrar el desarrollo conceptual sobre violencia de género que se ha dado a nivel internacional, que si bien finalmente este concepto presenta similitudes al que nos ofrece nuestra ley, se recoge la violencia contra las mujeres y no la violencia de género.

Seguidamente he analizado también el desarrollo conceptual de este delito desde una perspectiva estatal, señalando todas las leyes relevantes en torno a este, hasta que finalmente analizo la Ley Orgánica 1/2004 ya que es la que recogió por primera vez la violencia de género y de la que disponemos actualmente sobre esto.

Es en el cuarto capítulo donde desarrollo las críticas que se han generado. Si bien son varias, únicamente he escogido las que a mi parecer son más polémicas. La primera de éstas es la que se refiere a la restricción que genera el legislador sobre las mujeres protegidas por la ley, pues a pesar de que como hemos dicho, en el ámbito estatal la violencia de género se define en función del sexo de la mujer, no incluye a todas éstas, sino que únicamente se aplica a las que son o han sido parejas del agresor. La segunda de las críticas viene dada por el requisito de "análoga relación de afectividad" que se exige para determinar cuándo es mujer sujeto pasivo, pues al no venir determinado qué

debe entenderse por esto en la ley, se han generado diversas críticas. La tercera se da en relación a las víctimas transexuales y homosexuales y la respuesta sobre ello de nuestro sistema. Por último, ya entro a desarrollar lo que en un principio motivó mi trabajo, es decir, sobre la posible vulneración del principio de igualdad que ofrece la Ley Integral en relación a las penas desiguales que se recogen sobre los malos tratos producidos por hombres y mujeres. Así mismo se analiza si esto podría considerarse como una medida de acción positiva o no.

En último lugar, hago referencia a los datos que se ofrecen por diversas instituciones especializadas en Violencia de Género, así como a la macro encuesta que realizó la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) con el fin de ver cómo está afectando este tipo de violencia a nivel Europeo.

He de decir que me he sorprendido con todo lo analizado, pues si bien empecé con una idea sobre la materia, finalmente me he posicionado en todo lo contrario. Me resulta destacable que no exista consenso sobre este tema, ni tan si quiera a nivel jurisprudencial, pero también resulta comprensible, pues se trata de cuestiones ideológicas e incluso políticas, que hacen que personas con un punto de vista encuentren incuestionable su postura y a la vez, criticables las otras.

No quisiera acabar esta introducción sin antes mostrar mis agradecimientos al tutor del trabajo por saber coordinarme y dirigirme, así como por solventarme dudas y ofrecerme los recursos bibliográficos necesarios.

2. La violencia de género en el marco jurídico internacional

Para poder llevar a cabo el trabajo, primero es necesario saber qué concepto se da a la violencia de género y para ello se debe hacer referencia a los diferentes aspectos o configuraciones que se han tomado sobre la violencia de género en el entorno jurídico, tanto a nivel internacional como a nivel interno.

Para poder ver esta concepción jurídica a nivel internacional, debemos centrarnos en los documentos emitidos por Naciones Unidas, puesto que se trata de una organización internacional que ofrece herramientas jurídicas a los Estados para que éstos puedan luego incorporarlas en sus ordenamientos. Cuando hablamos de las diferentes configuraciones que se han tomado por Naciones Unidas sobre el concepto de violencia de género, cabe destacar que han sido varios los textos jurídicos emitidos por los órganos de la Organización relativos a la desigualdad y violencia que ha sufrido y sufre hoy por hoy la mujer, aunque para realizar esta parte del trabajo me centraré en los documentos normativos que considero más relevantes para poder comprender la concepción que se ha ido dando a lo largo de los años y ver así la evolución de ésta.

Como se verá a lo largo de la explicación, en un primer momento no se hablaba de la violencia de género sobre tal, sino que lo que se pretendía era buscar una igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito jurídico, es decir, que hubiera una igualdad ante las leyes entre ambos sexos. Más adelante, al darse cuenta que las medidas relativas a la prohibición de discriminación no eran suficientes para evitar las conductas discriminatorias y violentas que sufría la mujer, se refirieron al concepto de violencia de género con el fin de poder llegar a tener una verdadera y efectiva igualdad entre ambos sexos y ofrecer de este modo una protección a las mujeres víctimas de tales agresiones.

2.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[1].

Esta convención fue el resultado del trabajo desarrollado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, siendo éste el principal órgano intergubernamental dedicado a la promoción de la igualdad de género y a la protección

[1] Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. En inglés CEDAW (Convention on the Elimintion of All Forms of Discrimination Against Women). Fue adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas, aunque su entrada en vigor no se produjo hasta en el 1981.

de los derechos de la mujer. Para la realización de dicha convención, la Comisión se basó en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas con el fin de eliminar cualquier tipo de discriminación que pudiera padecer la mujer, haciendo que los Estados tuvieran que seguir una serie de medidas establecidas en dicha Convención para así poder hacer efectivo tal propósito. Es por ello que en los preceptos que forman parte de ésta, además de definir el concepto de "discriminación contra la mujer", también se establecen unas pautas para que las administraciones de los Estados puedan adaptar sus leyes con el fin de conseguir tal objetivo.

Es en el primer artículo del texto legislativo dónde se define la discriminación contra la mujer como *toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

De acuerdo con esta definición podemos afirmar que se da un paso más allá, pues se recoge por primera vez en un documento jurídico los derechos desde una perspectiva de derechos de las mujeres, aunque cabe decir que anteriormente ya se había incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos[2] , así como en otros Pactos internacionales, el principio de no discriminación por razones de sexo. Así mismo, también se trata de un texto legislativo de carácter proteccionista debido a los diferentes mandatos que se emiten a los Estados para poder acabar con el problema, pues se recogen varias medidas que deben adaptar en diferentes sectores, como en el sector de la Educación, Empleo, Salud o bien, en el ámbito del Matrimonio y Familia, entre otros.

A pesar del carácter novedoso en relación a los anteriores intentos de protección a la mujer, podemos entender que este Tratado fracasó en el sentido que finalmente no fue lo efectiva que pretendía ser[3]. El motivo de esto fueron las numerosas reservas que los Estados realizaron sobre ésta, llegando incluso a dejar sin contenido muchos de los preceptos que en ella se establecían. Debemos entender como reserva aquella

[2] Es en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 donde se recoge que *toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo […].*

[3] MERINO, V.: *Mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Especial referencia a la violencia contra las mujeres*. Madrid: Aequitas. 2012, pp.26-27.

declaración unilateral de un Estado que permite excluir o modificar la aplicación a él mismo de una disposición con la que no está conforme, de manera que, sin cuya existencia, estaría plenamente de acuerdo con firmar el Tratado[4]. Las reservas se hicieron por varios de los Estados que formaron parte del Convenio, principalmente referidas al artículo 2 del mismo, en el cual se establecen las medidas de forma genérica que deben adoptar los Estado. Por ello, puedo concluir que la CEDAW no logró conseguir su propósito y debido a esto, posteriormente se intentaron nuevos acuerdos sobre la materia.

2.2. La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993 y Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres[5].

Celebrada en Viena (Austria) el 25 de junio de 1993, fue una de las conferencias sobre derechos humanos en las que más participación había habido hasta la fecha, sumando un total de unos 7000 participantes. En ella se aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena con el fin de reforzar tanto la Carta de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ya en el principio de este texto se establece que existe una preocupación por la discriminación y violencia a la que estaban expuestas las mujeres en todo el mundo[6]. Así mismo, se señala que la violencia de género es una violación a tales derechos humanos y es por ello que debe eliminarse tanto a nivel privado como público, siendo ésta la finalidad de los Estados y de la Comunidad internacional.

Fue en el mismo año y a raíz de esta Conferencia de derechos humanos que se realizó la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (en adelante haré referencia por su acrónimo en inglés DEVAW), recogida en la en la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993[7]. Aunque ya se había recogido una definición de violencia de género en algunos textos de Conferencias sectoriales anteriores, es la primera vez que se incluye en una Resolución de la Asamblea General. Esta definición se contempla en el Preámbulo y se genera de acuerdo con los anteriores textos sectoriales aprobados en Organismos de Naciones Unidas que trataban la

[4] FERNÁNDEZ, A.; SÁNCHEZ, A.; ORTEGA, J. (*et al.*): *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 259.
[5] A/RES/48/104. *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, de 20 de diciembre de 1993.
[6] Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. *Declaración y programa de Acción de Viena*. [En línea]. 1993. [Fecha de consulta: 25-01-2015] <http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf >
[7] Resolución 48/104. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*.

cuestión, teniendo todos ellos como el elemento común la consideración que esta violencia de género viene dada por las desigualdades de poder que ha habido a lo largo del tiempo entre hombre y mujer y por lo tanto, esta violencia es un mecanismo para continuar con dichas desigualdades y mantener así la subordinación ante el hombre[8]. Por eso, el artículo uno establece que:

A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o un sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Esto viene a ser parecido a lo que se establecía en la CEDAW, pero aquí se recoge un matiz importante al que la anterior no hacía referencia, y es que se establece que se considerará violencia contra la mujer todos aquellos actos que se realicen en la vida pública o privada, indistintamente. Esto conviene destacarlo, pues como nunca se había dicho que también se debía prohibir aquella violencia que se ejercía en una esfera privada, los Estados no eran responsables de la que se daba en este ámbito, cosa que cambia a raíz de esta nueva definición. De manera que la violencia contra la mujer pasa a concebirse como un problema social que afecta a todos, no de índole privada y por ello, los Estados deben tomar las medidas adecuadas para acabar con tal situación, las cuales vienen establecidas en el mismo texto legal.

Como ejemplos de tales medidas que se imponen a los Estados, encontramos el deber de desarrollar sanciones penales que castiguen estas conductas violentas sobre las mujeres, desarrollar planes nacionales de medidas para promover la protección de la mujer contra toda violencia o bien, adoptar medidas en el campo educativo para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres[9].

[8] MERINO, V.: *Tratamiento Jurídico de las Demandas de Asilo por Violencia contra las Mujeres en el Ordenamiento Jurídico Español: Perspectivas y Prospectivas*. Thomson Reuters. Navarra. 2012, p. 68.
[9] Todas estas medidas vienen recogidas en el artículo 4 de la DEVAW y afectan a diferentes ámbitos, como el educativo, penal o el de la Administración Pública.

2.3. Informe de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing

La Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (China) fue la cuarta conferencia mundial sobre las mujeres y se hizo en el 1995. En el informe de ésta se recogía la misma definición que se hacía en la DEVAW[10]:

Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.

El informe también reconoce los derechos humanos de la mujer en su párrafo noveno, del mismo modo que se recogió en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993. Es por ello que en este mismo se señala el mandato a los Estados que formaron parte a garantizar tales derechos, considerándolos como *parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.* En relación a esto, en el párrafo 112 del informe se reconoce que la violencia contra a mujer supone una vulneración a sus derechos humanos, pues se afirma que *la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

Por otro lado, también recoge las diversas formas que puede tener tal violencia, estableciendo que podrá darse de las siguientes maneras:

a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

[10] A/CONF.177/20/Rev.1. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas.*

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Vemos pues como se da una amplitud a las conductas que deben considerarse como violencia contra la mujer, castigando todo aquello que le pueda afectar en cuanto al goce y disfrute de sus derechos, recogiendo incluso la intimidación sexual en el trabajo.

También en la Plataforma de Acción de Beijing que se señala en este informe, se engloban los doce ámbitos críticos para la mujer y sobre los cuales los gobiernos debían tomar medidas, así como también Naciones Unidas o bien cualquier otro grupo de la sociedad. Esos doce ámbitos que dificultan el goce de los derechos de las mujeres eran los siguientes:

1. La mujer y la pobreza.
2. El acceso desigual a la educación.
3. La falta y el acceso desiguales a los sistemas de salud.
4. La violencia contra la mujer.
5. Los diversos aspectos de la vulnerabilidad de la mujer en conflictos armados.
6. La desigualdad en las estructuras económicas.
7. La desigualdad en el poder y la toma de decisiones.
8. Carencia de variados mecanismos institucionales para mejorar el adelanto de la mujer.
9. La falta de respeto y la protección inadecuada en cuanto a los derechos humanos.
10. La sub-representación de la mujer en los medios de comunicación.
11. La desigualdad en la gestión de los recursos naturales y en la salvaguardia del medioambiente.
12. La discriminación y violación de niñas.

Dentro de estos, en el número cuatro en concreto, se establece la violencia contra la mujer como un problema que residía en aquella época y al cual se debía hacer frente. Por este motivo, en la misma Plataforma de Acción se establecen diversas medidas o estrategias, vinculadas todas ellas a cada uno de estos doce ámbitos de preocupación para poder solucionar aquellos.

Además, en períodos de cinco años posteriores se han hecho sesiones de control para ver si realmente los Estados miembros han ido aplicando las medidas aprobadas en dicha Plataforma.

2.4. Informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres

Fue en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena en 1993 donde se creó la figura de una Relatoría Especial sobre la violencia contra las mujeres con el objetivo de combatirla[11]. Su principal función consiste en controlar las medidas adoptadas sobre éste ámbito y la eficacia de éstas en los diferentes estados miembros[12]. Además, a día de hoy, es la principal intérprete de los conceptos que envuelven los derechos de la mujer, así como también realiza funciones de análisis sobre los diferentes tipos de violencia que se ejerce, las causas de estos o bien, las consecuencias que producen[13]. Pero resulta importante decir que, como la DEVAW no es un convenio sino una resolución de la Asamblea General, los Estados no se ven obligados a cumplirlo y por ello, la Relatora no tiene la posibilidad de establecer sanciones a aquellos que no hayan cumplido con las medidas adoptadas. De manera que únicamente puede establecer medidas que resulten más adecuadas para llevar a cabo el compromiso de acabar con la violencia de las mujeres.

El nombramiento de la primera relatora especial se hizo a través de la Resolución 1993/46, adjudicando el puesto de Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres a Radhika Coomaraswamy, quien sustentó el cargo desde 1994 hasta el año 2003.

Son varios los informes que emitidos a día de hoy por la Relatora Especial y que tienen relevancia en el campo de los derechos de la mujer y de la violencia sobre ésta, aunque únicamente mencionaré aquellos que tratan sobre cuestiones importantes en relación con el concepto de violencia contra la mujer.

---

[11] La declaración y el programa de Acción de Viena establece en el párrafo 40 lo siguiente: *"La Conferencia Mundial de Derechos Humanos acoge con satisfacción la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de considerar en su quincuagésimo período de sesiones la designación de un relator especial sobre la violencia contra la mujer.[…]".*

[12] Resolución 1994/45. *La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer.* Mediante esta resolución se aprueba la figura de la Relatora Especial sobre la violencia contra la Mujer. Es en concreto en el séptimo apartado donde se detallan las funciones de ésta.

[13] MERINO, V.: "La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. .Pp. 6-11. p.5

El primer informe que se realizó por esta figura tiene especial transcendencia, puesto que explica la razón de la existencia de la violencia contra la mujer. Cabe decir que en éste no se habla de violencia contra la mujer de esta manera, sino que utiliza el término de violencia doméstica. Se afirma que el origen o fundamento de esta violencia se encuentra en las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujer y hombre. De manera que, de acuerdo con esto, le corresponde tanto a los poderes públicos como a la misma sociedad en sí la solución de esto, pues deben ser quienes cambien esta idea de desigualdad en los poderes entre hombres y mujeres que se ha ido generando a lo largo de los años.

De acuerdo con todo lo analizado en este capítulo, podemos afirmar que han sido varias las concepciones de la violencia de género a lo largo del tiempo en el ámbito internacional y que realmente es un trabajo difícil el llegar a tener un concepto internacional unánime con el que la mayoría de Estados estén de acuerdo. Así mismo, también se refleja como la importancia de los derechos de las mujeres ha aumentado a medida que pasaban los años, pues en un principio se abordaba únicamente la cuestión de la discriminación de las mujeres (en la CEDAW) y finalmente, en los últimos documentos analizados (el informe de Beijing y el informe de la Relatora Especial) se acaba entendiendo esta violencia como un problema de Derechos Humanos. Por ello se acaba entiendo la violencia contra las mujeres como un problema social al que todos los Estados deben hacer frente.

Por último, conviene destacar que en el ámbito internacional no se habla de violencia de género, sino que se hace referencia a violencia contra las mujeres, a diferencia de lo que se recoge en el ámbito estatal.

Una vez visto la violencia de género en el marco internacional, debemos ver cómo esa evolución se ha producido dentro de nuestro ordenamiento jurídico y cómo los documentos internacionales han influido en ella.

3. La violencia de género en el marco jurídico estatal y su desarrollo normativo.

Del mismo modo que ha ocurrido en el plano internacional, en nuestro ordenamiento jurídico también han sido varias las concepciones que se han tomado sobre el delito de violencia de género.

La introducción de un delito sobre el maltrato no se hizo hasta 1989, a través de la LO 3/1989 de 21 de junio[14]. En ella se recogió el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar como un delito específico y diferenciado del delito de lesiones y se hizo a través de la introducción de un nuevo artículo, el 425, el cual establecía lo siguiente:

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.

Es por tanto, un paso más allá en las etapas de la concepción de la violencia de género dentro del ordenamiento español, puesto que por primera vez se tipifica un delito específico para la violencia que se ejerce sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por una relación sentimental o análoga, o bien, sobre los hijos, pupilos, menores o incapaces. Con esta nueva tipificación se agrava el delito en función de la relación que mantienen el agresor y la víctima. Además, se establece también otro elemento o condición, el de habitualidad, siendo necesario que se hubiesen cometido como mínimo tres actos de violencia para así después condenar por delito de violencia familiar.

Pero esta reforma no fue suficiente para afrontar las agresiones que sufrían las mujeres. En primer lugar, solo se tipificaban aquellos malos tratos físicos, sin hacer cabida a aquellos de carácter psíquico que pudieran cometerse. Además, en aquella época la mujer vivía con mucho más temor y por ello, en casi todas las ocasiones, la mujer se negaba a declarar, de manera que sin la declaración de ésta, el proceso quedaba sin prueba incriminatoria.

[14] Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Publicado en BOE de 22 de Junio de 1989

La siguiente modificación se produjo más adelante con el Código Penal de 1995, aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995[15]. En el nuevo Código Penal, el precepto se encontraba en vez del artículo 425, en el artículo 153. Así mismo, presentó ciertas modificaciones, como por ejemplo el hecho de que se exigía que hubiera convivencia con la pareja, o bien, se incrementó la pena, pasando ésta a ser de seis meses a tres años.

Posteriormente este concepto de violencia de género volvió a cambiar y se podría decir que uno de los hechos determinantes para este cambio fue el asesinato de Ana Orantes en diciembre de 1997. Esta mujer apareció en un programa televisivo denunciando las agresiones y vejaciones que había recibido por parte de su marido durante cuarenta años. Trece días más tarde, fue quemada viva en la puerta de su casa por su marido. Fue tal la conmoción que causó que se realizaron diversas protestas exigiendo una mayor protección a la mujer, así como el cumplimiento por parte del Estado de las Declaraciones Internacionales suscritas que abordaban el tema. A la vez, muchas otras mujeres explicaron públicamente sus terribles vivencias de malos tratos por parte de su pareja[16].

La primera modificación posterior a este acontecimiento se produjo en artículo 153 con la Ley Orgánica 14/1999[17]. La redacción de éste fue otra:

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, […], 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 […] 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.

[15] LO 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal.*
[16]Sobre ello, MONTALBÁN, I.: "Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004, pp. 47 y siguientes.
[17]LO 14/1999, de 9 de junio. *De modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Vemos como con el nuevo precepto las modificaciones en torno a la tipificación del delito fueron varias. Por un lado, se pasó a contemplar también como sujeto pasivo aquellas personas que, aunque en el momento de la agresión no fueran pareja, lo hubieran sido en un pasado. Así mismo, otra modificación fue la tipificación de la violencia psíquica, además de la violencia física que ya se venía contemplando des del año 1989, suponiendo esto una amplitud a las conductas que podrían verse castigadas por el delito y por lo tanto, una mayor garantía para las víctimas.

Por otro lado, en el mismo Código Penal se ofrecía un concepto de qué debe entenderse por habitualidad, estableciendo que deberá tenerse en cuenta tanto los actos de violencia que pudieran acreditarse, así como la proximidad entre los actos, independientemente de a quién se haya realizado la violencia, siempre y cuando sea a alguno de los sujetos pasivos reconocidos en la conducta delictiva. También se permitía tener en cuenta para el requisito de habitualidad aquellos actos que hubieran sido ya enjuiciados, aunque esto trajo críticas en relación con el principio *non bis in idem*, como por ejemplo la que hizo Fuencisla[18], quien consideraba que al permitir esto se estaba castigando por un hecho dos veces. Quienes justificaron esta permisión consideraban que el delito de violencia doméstica habitual recogía un bien jurídico distinto: la dignidad de la persona en el ámbito familiar y la protección de la paz familiar[19] y por ello se permitía tener en cuenta hechos que ya hubiesen sido enjuiciados, pues tenían un bien jurídico protegido distinto.

Por último, otra novedad relevante que trajo esta Ley Orgánica de 1999 fue el hecho de eliminar el requisito de denuncia previa que se debía cumplir con la anterior regulación. Con ello se pretendía evitar que el delito de violencia doméstica dejara de tener una visión de carácter privado, pasando así a ser concebido como un delito que podía perseguirse de oficio[20]. Conviene añadir que esta eliminación del requisito de denuncia previa no se produjo para otros delitos relacionados con el de violencia doméstica, como es el caso por ejemplo de las injurias leves o agresiones sexuales, los cuales siguieron necesitando una denuncia para poder ser perseguidos.

---

[18] Fuencisla afirma que *al ser el hábito una circunstancia total que se constituye unitariamente, y ser independiente de los actos concretos que sean manifestación del hábito, la apreciación de un concurso de delitos supondría una penalización plural del hábito y, con ello, una infracción del non bis in idem.* FUENCISLA, L.: "La habitualidad del Artículo 153 del Código Penal". *Artículos doctrinales de Noticias Jurídicas.* [En línea] 2000 [Fecha de consulta: 24-03-2015] <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200012-05510131110033470.html>

[19] MARCHAL, N.*: Manual de Lucha contra la Violencia de Género*. Thomson Reuters. Navarra. 2010, p. 163.

[20] MONTALBÁN, I.: *Perspectiva de Género… Cit*. p. 53.

La siguiente modificación se produjo con la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre[21]. A raíz de ésta, se trasladó el artículo 153 del Código Penal al artículo 173.2 del mismo para que así esta violencia estuviese dentro del Título VII del Libro II, que tenía por título "De las Torturas y otros delitos contra la integridad moral", cambiándolo así del anterior título en el que se encontraba (el de las lesiones). El resultado de esta modificación se produjo en el hecho de pasar a considerar estos hechos delictivos de faltas, a delitos, de manera que cabía ya la posibilidad de que cometerlos podía comportar una sanción de pena de prisión, así como la pena de privación de disponer de armas. Pero no sólo debemos pensar que este cambio se produce en materia sancionadora, sino que como he dicho, de forma indirecta supone pasar a considerar esta violencia como un hecho más gravoso, pues se pasa a tipificar como delito.

Por otro lado, el artículo 153 pasó a recoger lo que era considerado una falta, entendiéndose como tal cualquier menoscabo psíquico, amenazas, o golpear o maltratar sin causar lesión, entre otros, siempre y cuando se tratara de uno de los sujetos protegidos por el artículo 173.

Lo que también conviene destacar es el hecho que en la nueva redacción del artículo 173.2 relativo a la violencia doméstica, también se añade como sujetos pasivos a aquellas mujeres que mantengan relación de afectividad o aquellas que hubieran mantenido y ya no la tengan o bien, con las que no haya habido una relación de convivencia. Ello supuso una amplitud que debe ser considerada, pues de esta manera se pasa a tipificar todas las agresiones que se realizan a la pareja o ex parejas, sin importar si mantienen relación de convivencia o no. El nuevo precepto era el siguiente:

Artículo 173.2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios 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 la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las

[21] LO 11/2003. *De medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. En el tercer apartado de la exposición de motivos se explican las modificaciones que produjo sobre el delito de violencia doméstica.

personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados […].

Vemos pues como se señala "aun sin convivencia". Pero aquí se dudaba sobre si la no necesaria convivencia se debía aplicar únicamente a las personas que mantenían relación de afectividad, es decir, a las parejas o cónyuges, o también a los otros sujetos pasivos que recogía el precepto, como los descendientes, ascendientes o hermanos. A ello dio solución la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007[22], la que determinó que únicamente no se exigiría convivencia a las parejas, pero sí para el resto de sujetos pasivos que se incluían en el mismo precepto.

Por otra parte, la Ley Orgánica introdujo otras modificaciones relativas a la responsabilidad penal, considerándose agravantes realizar la violencia con uso de armas cuando se cometía en el domicilio de la víctima o en el domicilio común en caso de que mantuvieran relación de convivencia o bien, cuando la violencia se ejerciera contra menores.

En mi opinión, estas fueron las modificaciones más importantes que hubo en cuanto al desarrollo del concepto antes de la creación de la Ley Orgánica 1/2004, si bien no son las únicas. Por ejemplo, está la modificación del código penal producida por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre[23], aunque no modifica el concepto, sino que únicamente establece las medidas de alejamiento hacia el agresor como medidas preventivas.

Una vez vista la evolución des de los inicios, en el que había un completo vacío en la regulación de este delito de violencia de género y finalmente se recoge una regulación parcial del mismo a través del delito de violencia doméstica, entro a analizar de forma más detallada la primera ley en España que regula la violencia de género.

---

[22] STS 201/2007 de 16 de marzo [RTC 2007/201]. En concreto, se encuentra en los fundamentos de derecho, cuando establece lo siguiente: *[…]con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del Código penal 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de "violencia de género. Por todo, hay que dar la razón al recurrente, lo que obliga a entender que la acción relativa a Teresa no es de las comprendidas en el art. 153 Código penal, y el motivo debe estimarse."*

[23] LO 15/2003 de 25 de noviembre. *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

3.1. La LO 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[24].

Como se explicaba anteriormente, la primera vez que se definió un concepto sobre violencia de género fue en la Declaración y Programa de Acción de la conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. En ella se utilizaba el concepto de violencia contra la mujer, aunque cabe añadir que con la conferencia de Beijing también se perfilaron algunas cuestiones y fue a raíz de esta última cuando el problema de la violencia contra la mujer pasó a entenderse como un grave problema social, que podríamos decir que llegó a la cúspide con la muerte de Ana Orantes.

También influyeron en el impulso de la creación de esta ley los datos proporcionados por el Instituto de la Mujer y sus macro encuestas realizadas en los años 1999 y 2002 a un total de 20.000 mujeres. Estas encuestas indicaban que había aumentado la proporción de mujeres que declaraban haber sufrido malos tratos, puesto que en 1999 fue un porcentaje del 5,1% de las entrevistadas y en 2002, un total del 6,2%[25]. Así mismo, también hubo un aumento considerable de denuncias por violencia de género en el 2002. En concreto, las denuncias aumentaron de 24163 denuncias en el año 2001 a 43313 denuncias en el 2002, datos que resultaron alarmantes[26].

Finalmente y tal como prometió José Luis Rodríguez Zapatero en su campaña electoral, se impulsó la creación de una ley que pudiera regular la situación de violencia que iba en aumento en nuestro país. Fue aprobada el 22 de diciembre de 2004 por unanimidad en el Parlamento y se le puso como título Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El hecho de que fue aprobada por unanimidad muestra como no se plantearon debates políticos sobre los temas que abordaba la ley, aunque más adelante se discutieron ciertos aspectos de ella que más adelante veremos.

Cabe decir que esta ley no únicamente da un concepto o significado al término "violencia de género", tal como veremos a continuación, ni tampoco se limita solamente a crear medidas penales, sino que también recoge otras, como por ejemplo las prestaciones para las víctimas o bien, derechos laborales para éstas. También señala los

[24] LO 1/2004 de 28 de diciembre. *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

[25] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Delegación del Gobierno para la Violencia. *Macroencuesta de violencia de género.* [En línea] 8 de febrero de 2012 [Fecha de consulta: 6 abril 2015] <http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1329745747_macroencuesta2011_principales_resultados-1.pdf>

[26] VIVES-CASES, C. *et al.*: "Distribución temporal de las denuncias y muertes por violencia de género en España en el período 1998-2006". *Revista Española de Salud Pública*. 2008.

órganos institucionales que intervienen en estos delitos, como es el caso del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer[27], fuerzas y cuerpos de seguridad especializados, o incluso la actuación del Fiscal en casos de Violencia sobre la Mujer, que finalmente supuso la creación de una Fiscalía especial[28].

En cuanto a su estructura, contiene una exposición de motivos formada por tres apartados en los que se explican el problema social que supone la violencia de género, las Convenciones Internacionales más relevantes que han abordado esta cuestión, la obligación de los poderes públicos a actuar para erradicar esta violencia, o bien, de forma general, las diferentes medidas que pretenden adoptar con la ley. Seguidamente encontramos el título preliminar que recoge los dos primeros artículos de la ley. Al primero de ellos haremos referencia más adelante, puesto que establece el objeto de la ley. En cambio, en el segundo se señalan los principios que rigen la ley, es decir, los fines que se pretende conseguir una vez se apliquen. Después ya se encuentran los cinco títulos que componen la ley y en los que se tratan diversas cuestiones. También forman parte un total de veinte disposiciones adicionales y por último, seis disposiciones transitorias.

Es en el artículo 1.1 del Título Preliminar de la ley en la que se define el objeto de ésta, estableciendo que lo que el fin de la ley es actuar contra aquella violencia que se ejerce contra las mujeres para poner de manifiesto la discriminación o situación de desigualdad entre hombres y mujeres, siempre y cuando la violencia se ejerza cuando ambos sean cónyuges, estén ligados por relación de afectividad u otras relaciones análogas, sin ser necesario que exista convivencia. En cuanto al alcance del concepto de violencia de género, éste viene recogido en el tercer apartado del anterior artículo, en el cual se establece que:

[27] El órgano fue creado con la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en concreto con el artículo 30.1 de la misma. Sus funciones vienen recogidas en el Real Decreto 253/2006 de 3 de marzo, entre las cuales está la función de colaborar institucionalmente con la violencia de género, evaluar el impacto de las políticas y medidas que se crean con el fin de acabar con esta violencia, elaborar un informe anual sobre la violencia ejercida contra las mujeres en nuestro país o bien, formular propuestas o recomendaciones sobre las medidas adoptadas contra la violencia de género, tanto a las Administraciones Públicas como demás instituciones.

[28] La figura del "Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer" fue creada con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sus principales funciones son supervisar y coordinar a nivel estatal las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías, así como sus criterios de actuación.

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

Como bien se indica en la Circular 4/2005 de Fiscalía General del Estado, esta definición que ofrecía la Ley no suponía la creación de un nuevo concepto jurídico penal nuevo, sino que lo único que hacía era recoger el concepto creado internacionalmente sobre la violencia contra la mujer, aunque en este caso, únicamente cuando se trata de relación de pareja y haciendo referencia a violencia de género[29].

Con todo ello vemos como la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) sí se parece a lo establecido en los textos internacionales en cuanto al alcance de los actos que se consideran violencia de género, es decir, no únicamente engloba la violencia física, sino también la psicológica, las amenazas o las coacciones o vejaciones, entre otras. En cambio, no toma la misma definición que las Conferencias Internacionales de Derechos Humanos en cuanto al sujeto pasivo de esta violencia, puesto que en el ámbito internacional se definía el concepto de violencia contra la mujer de forma genérica, es decir, englobaba toda aquella violencia ejercida al sexo femenino, mientras que en la Ley Integral únicamente se prevé aquella violencia ejercida a las mujeres con las que el agresor es pareja o ha mantenido una relación de afectividad. Es por ello que quedaría excluida, por ejemplo, la violencia ejercida contra una hermana, hija o abuela o cualquier otra que, a pesar de que debería considerarse violencia contra la mujer, no quedan amparadas bajo este concepto. De manera que podemos afirmar que se trata de una ley que, aunque en un primer momento y de acuerdo en el preámbulo de la misma, pretendía abordar de manera amplia el problema de la violencia que se ejerce sobre las mujeres[30], finalmente

[29] De acuerdo con la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, se establece lo siguiente: *la declaración del artículo primero no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de lo que es violencia de género, aunque a diferencia de los instrumentos supranacionales y autonómicos, la circunscribe, por los motivos anteriormente expuestos, a la relación específica de pareja. Por ello, cuando el apartado tercero del artículo 1 recoge, en esencia, la descripción de las formas de violencia de género que suelen figurar en los instrumentos internacionales, no debe buscarse en ellas una exacta correlación con la terminología de las figuras penales propias de nuestro Código Penal que, eso sí, se retoma en el artículo 44 de la Ley al determinar la competencia penal del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (p. ej. la expresión «agresiones a la libertad sexual» es más restrictiva que «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»).*

[30] De acuerdo con el párrafo dos de la exposición de motivos de la Ley, se afirma que: *La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres*.

el resultado se ha visto reducido, pues solo se centra en las agresiones realizadas entre parejas.

También resulta relevante el concepto que se utiliza para definir esta violencia, siendo el de violencia de género, a diferencia de violencia contra las mujeres que es el que se utiliza en el marco jurídico internacional, pero no será hasta más adelante que se la cuestión sobre la denominación de este tipo de violencia.

No obstante, en lo que también se parece la Ley Integral con los textos jurídicos de las Declaraciones Internacionales es en el motivo de la existencia de esta violencia, es decir, en su origen o razón. Se encuentra en la exposición de motivos y se afirma que la violencia de género no es una cuestión de carácter privado, como siempre había sido entendida, sino que se trata de una cuestión pública que afecta a todo el conjunto de la sociedad y que por lo tanto, los poderes públicos deben intervenir para mejorar tal situación[31]. Seguidamente se establece el motivo que la genera, afirmando que se ejerce a las mujeres por el simple hecho de serlo y por entender que ellas, según sus agresores, no disponen de derechos mínimos como el de libertad o respeto. Todo esto deriva de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los hombres y mujeres y el rol social que ha asumido la mujer de dominación e inferioridad en relación con los hombres. De ahí que también pueda justificarse la creación de la ley en relación con el mandato constitucional que establece el artículo 9.2 a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que se garantice la libertad e igualdad del individuo.

Por último, en el mismo apartado se manifiesta la preocupante situación de violencia de género que afecta al Estado Español y se vuelve a hacer referencia a que no se trata de un hecho al que se le deba dar la espalda, sino que debe ser rechazado por toda la sociedad.

En cuanto a las medidas que se ofrecen, se encuentran las de tutela penal, como es el caso del artículo 37 que lleva como título "Protección contra los malos tratos" y que modifica el artículo 153 del Código Penal, pasando éste a recoger lo siguiente:

[31] Calvo afirma que: *La violencia familiar y de género no ha sido contemplada como objeto específico de intervención desde el derecho hasta fechas muy recientes. Obviamente, eso no quiere decir que sea un fenómeno nuevo en nuestras sociedades. Antes bien, al contrario, existe "desde siempre". Pero no se percibía desde el sistema jurídico cómo un problema social —difuminándose tras el velo de lo "privado" y lo "íntimo"— y, en consecuencia, se eludía la intervención jurídica frente a hechos merecedores, a todas luces, de reproche social y jurídico —en tanto que contrarios a derechos .fundamentales de igualdad y a la dignidad de las personas*. CALVO, M.: *Análisis Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Huelva. 2006, p. 105.

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Conviene destacar las penas establecidas y hacer una comparativa en relación a la modificación que prevé la ley en el mismo artículo 35 para el delito de violencia doméstica, recogido en el artículo 153.2 del Código Penal:

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 la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

De aquí encontramos dos cuestiones destacables y merecedoras de análisis: la inclusión en el artículo 153 del Código Penal del sujeto pasivo reconocido como "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" y el hecho de que las penas que se establecen son distintas según quien sea la víctima de la agresión de acuerdo con los apartados primero y segundo del artículo 153.

Sobre la aplicación del artículo 153.1 para las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, cabe decir que en un primer momento cuando se realizó el anteproyecto de ley no se contemplaba. Fue el informe del Congreso General del Poder Judicial sobre la aprobación del anteproyecto de ley[32] el que aconsejó la inclusión de

[32] Consejo General del Poder Judicial. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.* Comisión de estudios e informes. Madrid. 2004.

este conjunto de sujetos pasivos. Para recomendar esto, se atendió a diversas cuestiones. En primer lugar se señaló que dentro de la violencia doméstica se engloban diversos subtipos de violencia, como es el de violencia contra la mujer, violencia sobre ancianos, violencia sobre menores e incluso, aunque de forma ocasional, la violencia contra ascendientes y contra hermanos. Si bien se afirma que la violencia contra la mujer constituye el porcentaje más elevado de violencia cometida, también existen otros tipos de violencia contra otros sujetos.

Por otro lado, el mismo informe recogía que si la ley prohibía la violencia cometida en casos de subordinación, no únicamente debería comprender la violencia cometida contra las mujeres, pues otros sujetos también se pueden ven en situaciones de subordinación con su agresor y no por el hecho de no ser mujer deben verse excluidos por la ley[33].

Y fue por lo planteado por el informe del CGPJ, así como por la insistencia de algunos sectores políticos y judiciales, que se incluyó este nuevo grupo de sujetos pasivos configurándolos como sujetos vulnerables[34]. De modo que se entenderá que nos encontramos ante este tipo de sujetos vulnerables cuando la víctima estuviera en dependencia jurídica con el agresor o bien, en una posición de debilidad, de manera que se genere una relación de subordinación y dependencia que favorece la aparición de dominio de ciertos miembros familiares contra otros[35].

Pero esta inclusión de sujetos supuso la necesidad de que la jurisprudencia determinara qué debe entenderse por persona vulnerable. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004 afirma que se considerará persona vulnerable aquella que presente un bajo nivel de inteligencia, incapacidad física, etc. Por otro lado conviene destacar la sentencia de la sala segunda de lo penal del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004, la cual trata sobre un recurso de casación que apelaba una sentencia dictada sobre abusos sexuales a la menor. En ella se señala que *la víctima era*

[33] En concreto, en el informe del CGPJ se establece que *la Ley toma como punto de partida un concepto de violencia que a menudo se confunde con el de la mera agresión, y además atribuye sólo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominado a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones que demandan análoga atención por la ley. Y siendo cierto que corresponde al legislador determinar el alcance de la ley, este Consejo debe advertir que no se encuentra una explicación razonable, al margen del dato puramente estadístico, para orientar la tutela penal y judicial, amén de otras medidas educativas y sociales, exclusivamente a la mujer en razón de su sexo.*

[34] Según indica LAURENZO, P. : "La violencia de género en la Ley integral: valoración político criminal" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005. p. 9, nota al pie[Fecha de consulta: 15-04-2015] <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>

[35] LAURENZO, P. "La violencia de género…" *cit.* p.3.

especialmente vulnerable "por razón de su edad", por la situación en la que se encontraba, dado que sus padres estaban ausentes y, por último, la diferencia de edades entre el autor (veintiséis años) y la víctima (doce años).

Dicho esto, para poder determinar cuándo nos encontramos ante una víctima vulnerable, el tribunal deberá atender a las circunstancias que ocupe el caso en concreto[36]. De manera que para entender que se trata de un sujeto especialmente vulnerable, no debe haber ningún tipo distinción por razón de sexo, así como tampoco será necesaria la existencia de una relación especial de parentesco o de afectividad con el agresor[37].

Pero algunos criticaron esta inclusión de sujetos pasivos vulnerables. Ejemplo de ellos es Laurenzo[38], quien considera que con estos argumentos de subordinación y posición de dominio sí se puede justificar la existencia del delito de maltrato doméstico, pero nada tiene que ver con la violencia de género recogida en el mismo precepto penal, pues la existencia de esta violencia no viene originada por estos hechos, sino que puede explicarse por la estructura social, existente todavía en nuestros días, sobre las bases del dominio patriarcal. Si bien la misma autora afirma que normalmente la violencia de género se produce en el ámbito doméstico, esto no quiere decir que deba confundirse este tipo de violencia con la violencia doméstica. Sobre ello incidiré más adelante, puesto que en la práctica esta cuestión ha conllevado a una mala aplicación del precepto penal.

La segunda cuestión derivada de los dos apartados del artículo 153 hace referencia a la diferencia de penas interpuestas en cada uno de ellos. Como indica el segundo apartado, esta pena inferior se aplica cuando nos encontremos ante los sujetos pasivos que recoge el artículo 173.2, siempre y cuando no sean los mismos a los que ya hemos hecho referencia antes y que vienen recogidas en el primer apartado del mismo, es decir, siempre y cuando no se trate de la mujer que mantenga o haya mantenido relación

[36] De acuerdo con esto, la Circular 4/2005 del Ministerio Fiscal establece "por ello, el ámbito de especial protección que la norma otorga a las personas especialmente vulnerables deberá ser analizado por los Sres. y Sras. Fiscales de forma individualizada atendiendo a aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del autor."

[37] NUÑEZ, E. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Monografias 702. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009, pp. 128 -130.

[38] LAURENZO afirma que: "La posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal. Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico 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 no significa que la familia sea la causa de la violencia de género." LAURENZO, P. "La violencia de género en la Ley integral…". *Cit.* p. 4.

sentimental con el agresor o bien cuando nos encontremos ante un sujeto calificado como especialmente vulnerable en relación éste. Los sujetos que abarca el artículo 173.2 son *los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o 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*.

La justificación para aplicar una pena u otra en función del sujeto pasivo al que nos encontremos, depende de los escasos o nulos mecanismos de autodefensa de los que dispone la víctima, ya sea por razón de su naturaleza física o psíquica. Es decir, por padecer una enfermedad o por su edad u otra circunstancia que pueda influir en la capacidad defensiva de la víctima. Si bien la argumentación de la distinción de pena es esta, parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia no está de acuerdo al considerar que el hecho de ofrecer más protección, o mejor dicho, una mayor sanción penal para unos sujetos que para otros, puede ser causa de una vulneración al principio de igualdad, en relación al artículo 14 de la Constitución, pues alegan que nos podemos encontrar ante un delito de maltrato ocasional que, cuando la víctima fuera un hombre y éste no sea considerado como "especialmente vulnerable", se castigará con pena de prisión de tres meses a un año. En cambio, cuando la víctima de los malos tratos sea una mujer que mantiene relación con el agresor, independientemente de que se la considere como persona "especialmente vulnerables", la pena de prisión será de seis meses a un año. Sobre esta consideración de vulneración del principio de igualdad hablaré en el cuarto capítulo, relativo a las críticas que se han hecho sobre ello.

Además de prever esta tutela penal, la ley también agrava otros delitos cuando se cometan contra las mujeres a las que hace referencia el concepto de violencia de género. Una de ellas es la agravante en el delito de lesiones del artículo 148 del Código Penal. También en el caso del delito de amenazas y coacciones de los artículos 171 y 172 del mismo, puesto que en general éstas son consideradas faltas pero cuando las víctimas son protegidas por la violencia de género, se pasan a calificar como delitos, resultando así una mayor pena para estos hechos[39].

[39] Sobre ello, véase artículos 36, 38 y 39 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004).

4. Perspectivas críticas hacia el concepto de violencia de género adoptado por la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La aplicación de la ley ha generado a lo largo de los años múltiples debates en torno a diversas cuestiones. Muchas de ellas vienen dadas por el concepto de violencia de género que se recoge en la Ley Integral. Como hemos visto, en el ámbito internacional se hablaba de violencia contra las mujeres pero en cambio, el legislador español prefirió denominarla violencia de género.

Como muchas críticas que voy a analizar a continuación se generan sobre la distinción o criterios interpretativos que se debe dar a "sexo" y "género", conviene establecer una definición para éstos. Por un lado, el sexo es lo físico de una persona y lo que viene dado en función de sus órganos sexuales. En cambio, el género se debe entender como una construcción social que modela la identidad de la persona en los procesos de socialización. De manera que no siempre el género se tiene que atribuir en función del sexo (macho-masculino o hembra-femenino) ya que en ocasiones una persona que nace con atributos sexuales de hombre, en sus relaciones sociales ejerce un rol femenino y viceversa[40].

Es preciso recordar que este concepto de "género" surgió a raíz de la teoría feminista con la intención de poner de manifiesto la diferencia de sexos generadas por los roles sociales adquiridos entre hombres y mujeres como consecuencia de un sistema de patriarcado[41]. De tal manera que si tenemos en cuenta esta definición y atendemos al tenor literal de violencia de género, no sólo deberíamos entender que la Ley Integral prohíbe la violencia contra las mujeres, sino toda aquella violencia que pueden sufrir las personas en función de los roles sociales que han adquirido, es decir, en función de su género. Por ello y de acuerdo con Laurenzo[42], este concepto debería dar cabida también a otras agresiones que se produzcan por el género, como podría ser también el acoso

[40]COLL, G. *et al*: "Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión". *Papers: revista de Sociologia*. [En línea] Universitat Autònoma de Barcelona. Vol.87. 2008. [Fecha de consulta: 20-03-2015] <http://papers.uab.cat/article/view/v87-manas-coll-planasetal>

[41]LAURENZO, P.: "Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo". *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer. Vol.2. Madrid. 2008, pp. 2093-2123. p.

[42] LAURENZO, P.: "Violencia de género y derecho penal…". *Cit.* pp. 38 y ss,

psicológico de una mujer a su pareja al creer que éste le ha sido infiel por llegar tarde a casa, o bien, aquella violencia contra un hombre homosexual por tener un rol social afeminado. Dicho de otra manera, la violencia de género debería entenderse como una violencia que se comete contra el género Si bien la violencia contra la mujer por el rol social desigual y denominación por parte de los hombres es la violencia de género que más se comete,

no tiene porqué ser la única violencia contemplada, pues pueden haber otros sujetos pasivos agredidos en función de su género, es decir, del rol social que ostentan.

El problema suscita en la concepción del género que ha tomado el legislador español a la hora de hablar de violencia de género, ya que el artículo 1 de la ley delimita el ámbito de aplicación y se señala 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, aun sin convivencia.

Vemos pues que, a pesar de llevar como objeto la prohibición de la violencia de género, el criterio utilizado por la Ley para determinar qué violencia prohibir es el del sexo, equiparándose la violencia de género como la violencia contra las mujeres. Y además, el legislador aun reduce más este ámbito de aplicación, pues no se incluyen todas aquellas mujeres que puedan verse agredidas, sino sólo aquellas que hayan estado ligadas con el agresor por relaciones matrimoniales o análogas.

Es por todo ello que se generan críticas en torno a esta adopción de género que hace la Ley Integral, la mayoría por parte de corrientes feministas, pues consideran que si se afirma que existe una violencia contra las mujeres por su condición de sexo se está victimizando a la mujer, de manera que lo que se tendría que tener en cuenta es la condición del género que se adopta y no el sexo de la víctima[43].

[43] MAQUEDA, L.: "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 08-02. 2006. Pp. 01-13. p. 5.

También conviene apuntar sobre el concepto de violencia de género que se toma en la ley catalana y andaluza, pues aunque tampoco utilizan como referencia el género de la víctima, sí que ofrecen un concepto más amplio que el de la ley estatal.

Es la ley andaluza 13/2007 la que regula sobre la violencia de género[44]. En el tercer artículo de la misma se da una definición de violencia de género, recogiéndose que *se entiende por violencia de género aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo.*

En el mismo sentido señala la ley catalana 5/2008[45] en el primer artículo de ésta, donde se recoge que el objeto de la ley es la erradicación de la violencia machista y por ella se entiende, de acuerdo lo establecido en el tercer artículo, como *la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres,* sin especificar el tipo de relación que deba darse entre el agresor y la víctima.

Vemos pues como la reducción que hace la ley estatal al considerar sujetos pasivos solamente a las mujeres que mantengan o han mantenido una relación conyugal o sentimental con el agresor, no la hace ni la ley andaluza, ni la ley catalana, pues éstas engloban a cualquier mujer que sea víctima de estas agresiones. Y ello supone que en nuestro país se recogen diversos conceptos sobre un mismo delito, de modo que aún se originan más críticas en torno a esto.

Una vez sabemos de la existencia de estas críticas, tanto de la adopción de violencia de "género", como del ámbito de aplicación restrictivo de ésta, voy a pasar a proceder a analizar las principales.

---

[44] Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Vemos como se recoge un concepto de violencia de género diferente, pues para que se considere violencia de género es necesario que haya una relación de superioridad y que se ejerce contra una mujer, sin importar la relación que ésta mantenga con el agresor. Así mismo, el artículo 2 de la misma recoge que *la violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.*

[45] Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. En ella se recoge un concepto parecido de violencia de género con el ofrecido por la ley andaluza. En el primer artículo se recoge que la ley tiene por objeto la erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que la perpetúan, con la finalidad que se reconozca y se garantice plenamente el derecho inalienable de todas las mujeres a desarrollar su propia vida sin ninguna de las formas y ámbitos en que esta violencia puede manifestarse.

4.1. Una protección no efectiva para las mujeres.

Anteriormente ya había hecho referencia al hecho de que el concepto de violencia de género que ofrece la Ley Integral únicamente protege a las mujeres que son o han sido pareja del agresor o bien, las que mantienen o han mantenido una análoga relación de afectividad con éste. De modo que con este alcance del concepto no se protege al resto de mujeres que puedan verse agredidas.

Como también se apuntaba, el concepto en el marco jurídico internacional no hacía distinción sobre si la agresión iba dirigida únicamente a la mujer víctima cuando ésta hubiera mantenido relación sentimental o de afectividad con el agresor, sino que iba dirigido para todas las mujeres con carácter general. Si recordamos, en la DEVAW (donde se da por primera vez la definición de violencia contra la mujer de acuerdo con lo que establecían los anteriores textos jurídicos sobre el tema) se define como aquel acto violento basado en la pertenencia al sexo femenino. Así mismo, en el informe de la conferencia de Beijing de 1995 también se utiliza el mismo concepto para definir esto.

Conviene relacionar todo esto con la justificación de la violencia, y es que como bien se ha afirmado, tanto en los textos jurídicos internacionales que regulan esto o inciden en el tema, como en nuestro ordenamiento jurídico, la comisión de este tipo de delito supone una manifestación de las relaciones de poder desiguales que se han generado a lo largo de la historia entre los hombres y mujeres y que por ello, el hombre intenta a través de estos actos dominar a la mujer[46].

Dicho esto, considero que el hecho de que en nuestro ordenamiento únicamente se recoja en el concepto de violencia de género como sujeto pasivo a la mujer pareja o ex pareja en o bien, a la que haya tenido relación de afectividad, es erróneo, puesto que si la inclusión de este concepto penal vino argumentada o justificada con el hecho de que se pretende combatir la situación desigual que han sufrido las mujeres a lo largo de los años por los roles que han ido adquiriendo de inferioridad y dominación por parte del hombre, entiendo que deberían verse protegidas todas las mujeres que se vieran agredidas por esto.

[46] De acuerdo con lo que se establece en de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la 16ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 15 de septiembre de 1995.

Imaginemos que nos encontramos ante el caso de que un padre que tiene dos hijos, un hijo y una hija y que agreda o maltrate a la hija (y no al hijo varón) únicamente por el hecho mismo de ser una mujer y al creer éste que no tiene el mismo "valor" que el hijo. Esto a mi entender y de acuerdo con las definiciones que se ofrecen a nivel internacional, es un claro ejemplo de violencia de género o violencia contra la mujer. Lo mismo ocurriría si un hombre no sólo convive con su mujer, sino que también lo hace con su suegra o madre y también éstas reciben malos tratos por él. Si realmente con lo que se quiere acabar es con esta cultura machista, creo que el concepto debería ampliarse a toda mujer (sea pareja o no) que pueda verse agredida o dominada por un hombre por el hecho de ser mujer. Si bien es cierto que en la mayoría de casos la violencia contra la mujer se produce contra las parejas o ex parejas, no se puede obviar el hecho de que existan circunstancias en que otras mujeres con relación al agresor puedan verse desprotegidas.

A raíz de este planteamiento debemos preguntarnos cómo se soluciona tal situación de desamparo. Para ello, utilizaré la sentencia de la sala segunda de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de septiembre de 2007[47], en la cual se enjuician los malos tratos y actos violentos cometidos por un hombre contra su madre y su hermana. Como bien se señala en la misma, estas conductas violentas recibidas por la madre y hermana del agresor habían generado clima de terror y dominación por parte de éste. Pero la agresión se agravó cuando el acusado discutía con su pareja sentimental y su madre, alarmada por los gritos, intervino para intentar calmar al hijo. Éste respondió con actitud violenta contra su madre, hasta el punto en que cogió un cuchillo y le propinó diversas cuchilladas.

Visto esto conviene preguntarnos si estos actos deben calificarse como violencia de género. En mi opinión debería ser así por diversos motivos. El primero, porque las agresiones siempre las realiza contra sujetos femeninos con los cuales mantiene una relación afectiva, pues se trata de su hermana, madre y pareja. Así mismo, su conducta violenta había llegado a causar temor a las mujeres, provocándose así un clima de dominación por parte del agresor y esto es precisamente el motivo por el que se comete la violencia de género, pues se alude a las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombre y mujer y a la que se ha hecho referencia tanto en el marco jurídico

[47]SAP Madrid 5128/2007 de 5 de septiembre [RTC 2007/5128]

internacional como estatal. Así mismo, en el hecho enjuiciado se hace referencia a que el motivo por el que intervino la madre en la discusión entre su hijo y la pareja de éste es porque estaba resultando demasiado violenta y preocupada ante esto, decidió acudir al lugar en el que se encontraban. De manera que la conducta violenta la ejercía contra la pareja, que aunque nada se decía acerca de si era la primera vez que se discutía o si eran habituales, el hecho de que se califique la discusión como violenta, hasta el punto en que debiera intervenir la madre, ya da suficientes motivos para entender que sí.

Finalmente, el Tribunal condena al agresor por un delito del artículo 153.1. Es decir, por los malos tratos de la violencia de género, aunque en este caso su aplicación se justifica al considerar a la madre como un sujeto especialmente vulnerable. Siguiendo con la misma argumentación de Laurenzo a la que ya había hecho referencia, esto debe entenderse como una aplicación incorrecta de lo que se entiende por persona especialmente vulnerable, pues en este caso no existía ningún indicador que pudiera dar a entender que nos hallábamos ante uno de estos sujetos pasivos. Solo podemos afirmar que la posible "vulnerabilidad" para poder apreciar el supuesto que recoge el artículo 153.1 recae en el hecho de ser mujer. Pero la vulnerabilidad de la mujer no viene dada por la posición que toma dentro de la familia ni por ningún otro factor personal, sino que en todo caso esa vulnerabilidad viene dada por el machismo del que pretende proteger la violencia de género que se recoge en nuestro ordenamiento[48].

El hecho de no haber incluido al resto de mujeres que no son parejas pero que pueden verse agredidas por ser mujer debido al género que ha ido tomando la mujer con el paso de los años, ha provocado que lo que se analiza en el caso comentado se repita en más ocasiones, confundiendo así lo que el legislador consideró por delito de violencia doméstica y violencia de género.

Larrauri también critica el hecho de no incluir a las madres o hijas dentro del concepto de violencia de género[49]. Así mismo intenta buscar posibles razones para justificar la no inclusión de éstas, como por ejemplo destaca que el legislador aprueba normas sobre

[48] Laurenzo señala que *a la mujer, en cambio, es el agresor quien las hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. 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.* LAURENZO, P. "La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal". *Revista de Ciencia Penal y Criminología.*2005. nº07-08. p. 4.

[49] LARRAURI, E. *"*El género de la violencia: la visión de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*". Revista catalana de seguretat pública*. 2006. Pp. 159-171.

mujeres parejas maltratadas porque es la violencia que sucede con más frecuencia y porque, si se intentase legislar de esta manera más amplia se podría olvidar del problema originario que se intentaba resolver. En consecuencia, esta amplitud del delito de violencia de género podría llegar a confundirse con el delito de violencia doméstica, pues se equipararía la violencia contra la mujer, con la violencia entre hermanos o bien, la violencia contra los ancianos.

Pero acaba concluyendo que no son razones suficientes como se ha sostenido hasta ahora, pues al ser mujeres también están sometidas a una relación de subordinación y dominación y que en tal caso, se debería estudiar sobre la existencia de rasgos o caracteres desiguales en la violencia ejercida contra la pareja y la ejercida contra madres o hijas para así justificar el no incluir a éstas.

Por último cabe hacer referencia a las leyes catalana y andaluza. Como ya había remarcado en el inicio del capítulo, éstas ofrecen un concepto más amplio de violencia de género ya que no se restringe la protección únicamente a las que son o han sido parejas del agresor, sino que incluyen a toda mujer que pueda considerarse víctima de malos tratos por el hecho de ser mujer, es decir, víctima de violencia de género. Si bien esto corrige lo que he criticado con la ley estatal sobre el no contemplar a todas las mujeres, esto a la vez supone una problemática ya que se da diferente concepción al delito en función de la comunidad autónoma de residencia de la víctima. Además, aunque estas leyes autonómicas prevean a cualquier mujer como víctima de violencia de género, tampoco acaba siendo la mejora suficiente, pues en materia penal queda sin eficacia. Esto es porque las leyes autonómicas no regulan ninguna cuestión penal sobre la violencia de género porque la regulación penal es competencia exclusiva del legislador estatal[50]. Lo único que ofrecen son una serie de ayudas y prestaciones sociales a toda mujer que se considera violencia de género en función de estas leyes autonómicas.

4.2. Discusión interpretativa sobre el concepto "relación de afectividad".

Cuando la ley delimita el concepto de violencia de género establece dos condiciones en relación a la víctima: que sea mujer y que haya tenido o tenga una relación sentimental con el agresor, ya sea por ser o haber sido cónyuge de éste o bien, por estar o haber

[50] Esto se recoge artículo 149.1.6ª de la Constitución Española, el cual señala que el Estado tiene competencia exclusiva en legislación penal y penitenciaria, entre otras.

estado ligada por relaciones análogas de afectividad, independientemente de si ha habido convivencia o no. El hecho de que se cumpla la condición de ser mujer es una cuestión bastante obvia, aunque si bien presenta ciertas discusiones en cuanto a los transexuales, que más adelante se analizará.

Se encuentran otros problemas interpretativos en la segunda condición. Razón por la cual sería conveniente tener un concepto más claro. Esto no ocurre si es o ha sido cónyuge, ya que para probarlo existen diversos mecanismos que acreditan la existencia de este hecho, como es el caso del registro civil o una sentencia de divorcio. El problema viene dado en saber qué quiere decir el legislador cuando habla de "relaciones similares de afectividad" [51], porque en función de ello se puede entender que se hace referencia a un tipo de relaciones u otras. Por ello es necesario acotar el tipo de relación que debe darse cuando no han sido cónyuges, para así determinar cuándo nos encontramos ante una relación englobada dentro de violencia de género. De hecho, esta cuestión era la que más discusión trajo a las Audiencias Provinciales a la hora de aplicar la ley[52].

Según Chirinos, se trata de un tema importante y merecedor de estudio, a la vez que hace una crítica a las diversas posturas que han adoptado los órganos jurisdiccionales sobre la conceptualización de "análoga relación de afectividad". El problema surge cuando el legislador regula este otro conjunto de sujetos pasivos con el término "análoga relación de afectividad", haciendo referencia a una relación similar a la matrimonial. Esto conllevó a que muchos jueces y tribunales pidieran una serie de circunstancias para tener en cuenta tal consideración, haciendo que otras relaciones sentimentales no tuvieran cabida en el artículo 153 del Código Penal. Un ejemplo lo encontramos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de febrero

[51] CHIRINOS, S.: *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pp. 19 y ss.

[52] Tardón señala que "*el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ concluía un estudio sobre la aplicación de la Ley Integral por las Audiencias Provinciales, sobre una muestra representativa de las sentencias dictadas por estos órganos judiciales en el período comprendido entre el 1 de enero de 2.007, y el 31 de marzo de 2.008, que abordaba, entre otros aspectos, el análisis de la interpretación de la expresión "análoga relación de afectividad, sin convivencia" a la que se refieren los tipos penales citados, para incluir o excluir la aplicación de la Ley Integral."* TARDÓN, M.: "La interpretación de la análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". *Actividad del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*. [En línea] Congreso General del Poder Judicial. 2009. [Fecha de consulta: 10-03-2015] <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-interpretacion-de-la-analoga-relacion-de-afectividad---i-aun-sin-convivencia--i->

de 2006[53]. En ella se establece que esta relación de afectividad análoga al matrimonio debe entenderse como aquella relación que mantienen dos personas que deciden compartir su vida cotidiana por tener un proyecto en común, de presente y futuro, aunque no convivan.

Chirinos critica esta postura del tribunal al plantear qué ocurriría en caso que la violencia se ejerza entre dos jóvenes que no tienen esa previsión de futuro o ese proyecto en común, sino que se trata de un simple noviazgo. De acuerdo con el concepto de esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en este caso no se entendería como análoga relación de afectividad, ya que dos jóvenes de temprana edad no tienen un proyecto en común. En la misma línea, la autora se explora lo qué ocurriría cuando se tratasen de ex parejas cuando ha pasado tiempo des de la ruptura de la relación o cuando no son parejas, sino que se trata de una simple amistad.

María Tardón, Magistrada Presidenta de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, realiza un estudio sobre las diferentes interpretaciones tomadas por los órganos jurisdiccionales sobre esta cuestión. Encontramos como ejemplo el caso de la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 de febrero, en la que se considera que no hay análoga relación de afectividad puesto que se trata de una pareja que estaba empezando en el momento de cometerse los hechos. Ello se argumenta de la siguiente manera: *En el presente supuesto se afirma en la relación fáctica probatoria que "ambos constituían desde cuatro meses atrás una pareja sentimental;" sin que del análisis del acto del juicio, se consiga extraer tal conclusión, pues la única prueba practicada que pudiese definir la relación que unía a ambos condenados, es la declaración de Eloy Igual que manifestó "que estaban empezando como pareja", declaración que impide obtener tal conclusión, al carecer de expresión de estabilidad y continuidad necesaria para considerar permanente, duradera, constante o fija tal relación, por lo que la conducta enjuiciada, y acreditada por la declaración de los testigos policías y los partes médicos obrantes en las actuaciones ha de subsumirse en el artículo 617 del Código Penal, como constitutivos de una Falta de lesiones, debiendo en consecuencia sancionarse a ambas con la pena de seis días de localización permanente* [54].

[53] SAP Barcelona 193/2006 de 8 de febrero de 2006 [RTC 2006/193]
[54] SAP Alicante 99/2007 de 2 de febrero de 2007 [RTC 2007/99]

Otro ejemplo es el caso de la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, número 83/2007, de 19 de abril, la cual considera que no se da el requisito de análoga relación de afectividad puesto que no se acredita la intensidad de la relación sentimental, ni tampoco se aprecia intimidad, confianza y compromiso.

Ante todas estas discrepancias de interpretación entre los diferentes órganos jurisdiccionales, se manifestó el Ministerio Fiscal a través de la Circular 6/2011, de 2 de Noviembre[55], sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. En el informe se indica que es necesario delimitar el alcance de la relación afectiva entre hombres y mujeres[56]. Por ello, se recogen las diversas concepciones que hasta ahora, se han dado sobre esta cuestión.

Se indica aquí que las relaciones con convivencia *"more uxorio*", es decir, aquellas relaciones que se desarrollan en régimen vivencial de coexistencia diaria estable y con permanencia, con intereses afines y vida conjunta[57], no plantean duda alguna. Este tipo de relaciones se han asimilado a relaciones conyugales en otros momentos, como ocurrió con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, reguladora de la adopción, en la cual se establece que *"Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal".*

El problema se origina con las relaciones que no se engloban en estos supuestos, en las que todavía no hay convivencia en la pareja, siendo una simple relación de noviazgo. En la circular se afirma que el legislador, al añadir "sin convivencia" ha ido más allá de las

[55] Para ello véase la Circular 6/2011, de 2 de Noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Relación a la Violencia sobre la Mujer. Recurso en línea: http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/QueHacer/protocoloActuacion/ministFiscal/DOC/circular_6_2011.pdf. [fecha de consulta: 14 abril de 2015]

[56] En la circular anterior del Ministerio Fiscal (Circular 6/2011) se establece que: *"se hace necesario perfilar algunos temas en relación a los sujetos que son objeto de tutela penal. En primer lugar porque el transcurso de estos años desde que la LO 1/04 entró en vigor nos ha mostrado algunas cuestiones relativas a la diferente interpretación que puede darse sobre el alcance de la relación afectiva entre hombres y mujeres, consecuencia de los cambios legislativos y sociales que se han producido y que supone un amplio y variado abanico de situaciones que puede diferir en razón a la edad, frecuencia e intensidad de la relación."*

[57] STS 469/1992 de 18 de mayo de 1992 [RTC 1992/469]. En la Sentencia, el tribunal se pronuncia sobre este tipo convivencia en las relaciones de parejas, entendiendo esta convivencia como *"la convivencia "more uxorio" ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.".*

simples uniones de hecho[58]. Por ello, hace un análisis en la cual se engloban todas las posibles relaciones entre hombre y mujer en las que aún no hay convivencia, para ver los resultados.

En primer lugar, se hace mención a las relaciones de noviazgo. Estas son definidas como relaciones abiertas que pueden llevar aparejado fines matrimoniales o bien, pueden darse entre personas sin intención de casarse ni vivir conjuntamente. Se diferencia de la relación matrimonial y "*more uxorio*" al no desplegar ningún tipo de obligaciones o derechos de los novios. Sin embargo, el Ministerio Fiscal afirma que cuando el legislador hace establece "*o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*", también se refiere a las relaciones de noviazgo.

Por otro lado, se hace un análisis sobre de las relaciones de afectividad de mujeres menores de edad. Tanto el Código Civil como la Constitución Española[59] fijan la mayoría de edad en los 18 años. Por este motivo los órganos judiciales dudan sobre si se puede aplicar la tutela penal del concepto de violencia de género a aquellas mujeres menores de edad, pues cuestionan si éstas poseen la suficiente capacidad para decidir mantener una relación sentimental. Por otro lado, se mencionan los diferentes preceptos de nuestro ordenamiento que otorgan capacidad en diversas circunstancias a los menores, como en el caso de la emancipación de menores mayores de dieciséis años, recogido en el artículo 319 del Código Civil. Es por ello que el Ministerio Fiscal concluye que, si existen estos preceptos, los cuales dotan de capacidad a la persona menor de edad para determinados actos, también se debe entender que hay mujeres que, a pesar de no haber alcanzado aún la mayoría de edad, gozan de capacidad suficiente para llevar a cabo una relación sentimental. Vemos pues como también deben verse amparadas por la tutela penal que se ofrece a las víctimas de violencia de género.

Todo ello debe relacionarse con el artículo 17 de la Ley Integral, pues en él se dice que *"Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley."* De manera que, el hecho de no

[58] En la circular del Ministerio Fiscal se establece que *cuando el legislador del año 2003 añade el inciso "sin convivencia", está yendo más allá de las "uniones de hecho" expresando la multiplicidad de relaciones afectivas en que los sentimientos de los hombres y las mujeres pueden manifestarse, pues estas pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o más prolongadas o no en el tiempo.*

[59] En concreto, viene establecido en el artículo 315 del Código Civil y 12 de la Constitución Española.

amparar a una mujer con la protección para los delitos de violencia de género por el simple hecho de ser menor de edad es contrario a este artículo.

Finalmente, el Ministerio Fiscal hace una crítica a las sentencias dictadas en las que no se ofrece esta protección al entender que la menor carece de un proyecta de vida en común con su pareja, pues en muchas ocasiones, las relaciones entre jóvenes también presentan conductas agresivas, humillantes o controladoras hacia la mujer que perfectamente debe englobarse dentro del artículo 153.

Otra de las relaciones que se plantea en la circular es la que se dan cuando se tienen otras relaciones sentimentales paralelas. En este caso las equipara con las relaciones de noviazgo, pues lo determinante no es si se da una relación sentimental paralela, sino que la relación trascienda de los lazos de amistad, afecto y confianza, siendo así otro tipo de las relaciones llamadas como *"more uxorio"*[60].

Pero no sólo se pronunció sobre la interpretación de "análoga relación de afectividad" el Ministerio Fiscal, sino que existen diversas sentencias del Tribunal Supremo que pretenden esclarecer este concepto y las posibles dudas que presente su aplicación. En esta ocasión, la sentencia utilizada va a ser la de sentencia de 12 de mayo de 2009 (sentencia número 510/2009)[61], la cual resuelve un recurso de casación presentado por el agresor. Conviene en sintetizar los hechos que fundamentan el recurso para así poder comprender mejor la postura tomada por el Tribunal Supremo.

En el año 2008, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Valencia condenando al agresor, entre otros, a un delito del artículo 153.1. La mujer y el agresor habían mantenido una relación de pareja desde mediados del año 2000, pero sin compartir el domicilio habitual. A pesar de las discusiones que habían tenido la pareja, siempre lo habían arreglado, de manera que se afirmó que se trataba de una relación que presentaba continuidad durante ese periodo de tiempo. Pero poco a poco, los celos de él fueron creciendo, de manera que ella decidió interrumpir su relación, aunque no dejaron nunca de verse hasta que finalmente la reanudaron nuevamente. Pero la cosa no se mejoraba y la tensión fue aumentando hasta el punto en que el agresor comenzó a amenazar seriamente a su pareja, incluso le llegó a propinar empujones y tirones de

[60] En la misma circular (Circular 6/2011), el Ministerio Fiscal alega que únicamente deberán excluirse aquellas relaciones que mantengan un modo esporádico u ocasional.
[61] STS 510/2009 de 12 de mayo de 2009 [RTC 2009/510]

pelo. Pasado unos días, él insistió en mantener relaciones sexuales con ella y, ante la negativa de ésta, reaccionó violentamente obligando a que se desnudara y a mantener las relaciones con él, de manera que ante la situación en la que se encontraba, la mujer accedió a hacerlo por miedo a recibir peores represalias por parte de su agresor. No solo quedó allí, sino que tuvieron otro encontronazo en el que él le propino varios golpes y le amenazó.

Dentro de los diversos fundamentos para la presentación del recurso de casación ante la sentencia, se encuentra el que alega que hay una indebida aplicación del artículo 153.1, pues se dice que para ser de aplicación, es necesario que haya una relación de pareja con estabilidad suficiente y en el caso, se trataba de una relación en la que únicamente existieron breves periodos de convivencia.

El tribunal al resolver, se pronuncia sobre ello en el tercer fundamento de derecho. Se establece que pudo quedar probado que la relación presentaba suficiente estabilidad como para ser considerada a efectos punitivos. Uno de ellos es el hecho en que se manifestaran públicamente en diferentes ámbitos como novios. Tampoco se puede alegar que el hecho de no existir convivencia puede ser determinante para la no aplicación del precepto, pues como ya se ha explicado, el legislador dio la posibilidad de aplicarlo incluso a aquellas parejas que no habían mantenido una convivencia. En cuanto a lo que debe entenderse sobre relación de afectividad, dice que:

Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

Es por todo ello que procedió a desestimar el motivo planteado en el recurso, pues se deben catalogar los hechos, sin discusión alguna, como un delito de violencia de género.

Dicho todo esto, cabe decir que las mujeres que son o han sido parejas sentimentales del agresor, siempre y cuando la relación se pueda considerar como una relación seria y estable, se verán protegidas por la tutela penal que se ofrece en el artículo 153.1 del Código Penal relativo a la violencia de género. Por otro lado, este concepto tan limitado de la violencia de género perjudica a muchas mujeres que puedan ser víctimas de tal. Si bien antes hablaba de la exclusión en la violencia de género de aquellas mujeres que no mantienen una relación íntima con el agresor, sino que pueden mantener lazos por otro tipo de vínculos, ya sea familiares o hasta incluso laborales, ahora también cabe añadir que incluso las mujeres que mantienen estos vínculos íntimos o sentimentales con el agresor, en el caso que se trate de una relación esporádica o incluso de simple amistad, aun no encajada como una relación de noviazgo o de pareja, tampoco son consideradas víctimas de violencia de género.

Vemos pues como nos volvemos a alejar del concepto ofrecido a nivel internacional, el cual englobaba a toda mujer, independientemente de la relación que tuviese con el agresor.

4.3. La problemática de otros posibles sujetos pasivos: los transexuales y las parejas homosexuales.

Hasta ahora se ha analizado posibles mujeres víctimas de violencia de género que aun así, no tienen cabida en este tipo por la interpretación escueta que se da a la violencia de género de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Ahora cabe ver qué ocurre con otro tipo de víctimas, como es el caso de los transexuales y las parejas homosexuales.

4.3.1. Los transexuales en la violencia de género

Si el criterio utilizado por la ley a la hora de definir quiénes son los sujetos pasivos hubiera sido el del género femenino, especificando éste, en vez de hacer referencia al sexo mujer, no cabría duda de que los hombres transexuales formarían parte de esta protección que ofrece la Ley Integral, pues ostentan un género femenino. Esto es porque, si bien se suele asimilar el sexo y género (varón / masculino y hembra /femenino), no en todas las ocasiones son equivalentes[62], de manera que los transexuales podrían perfectamente estar encajados dentro de lo que es el género femenino de acuerdo a sus roles sociales que toman. El problema viene dado a que,

[62] ESPINAR, E.: "Las raíces socioculturales de la violencia de género". Escuela abierta: revista de investigación educativa. Nº 10. 2007. pp. 23-48. p. 26.

como la Ley toma en consideración el sexo de la víctima, debiendo ser el de mujer, debemos plantearnos qué ocurre con los hombres transexuales.

La Ley Orgánica no da respuesta en cuanto a esta consideración de víctimas de violencia de género para los transexuales. A diferencia de la ley estatal, la ley catalana a la que antes ya hacía referencia, sí da respuesta a esta situación. En concreto, habla de ello en su artículo 70, el cual forma parte del quinto capítulo de la ley sobre situaciones específicas en el caso de violencia machista. En concreto se señala que *Todas las medidas y el reconocimiento de derechos que esta ley señala deben respetar la diversidad transexual.* Y continua afirmando que *Las transexuales que sufren violencia machista se equiparan a las mujeres que han sufrido esta violencia, a efectos de los derechos establecidos por esta ley, siempre y cuando se les haya diagnosticado disforia de sexo, acreditada mediante informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, o se hayan tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las que corresponden al sexo reclamado, acreditado por un informe médico elaborado por persona colegiada bajo cuya dirección se haya efectuado el tratamiento*. Vemos pues como ofrece una respuesta clara a esta situación, aunque sí requiere de ciertos requisitos en el caso que siga constando la víctima como sexo masculino en los registros, como es el caso de un informe médico que acredite tal disforia de sexo.

En el caso de la Ley Integral, para saber si es aplicable a los transexuales debemos acudir a la Circular 4/2005 del Ministerio Fiscal relativa a los criterios de aplicación de la ley, la cual dio respuesta a esto[63]. En ella se afirma que la Ley sí es de aplicación a las parejas de distinto sexo que estén formadas por transexuales reconocidos legalmente, siempre y cuando el agresor sea varón y la víctima la mujer. De manera que para poder estar protegidos por las medidas de especial protección contra la violencia de género, el transexual deberá haber realizado el acto administrativo correspondiente para que su género se haya visto legalmente modificado y así conste en el Registro Civil.

[63] Circular 4/2005 del Ministerio Fiscal relativa a los criterios de aplicación... en concreto apartado III.-A. Delimita el ámbito de aplicación de la Ley.

Los jueces y magistrados tomaron en consideración estas indicaciones hechas en la Circular de la Fiscalía General del Estado[64] por lo que los transexuales fueron reconocidos como sujetos pasivos del delito de violencia de género.

Pero la anterior Circular del Ministerio Fiscal no daba una respuesta del todo clara, pues era necesario definir qué se entendía por "reconocidos legalmente", ya que ¿qué ocurriría en el caso que el denunciante transexual cuando, a pesar de sentirse mujer e incluso presentar signos sexuales del género femenino no ha modificado el género que consta en el Registro Civil[65]? Para ver qué podía ocurrir en aquellos casos en que aún no se había dado una respuesta clara en cuanto a las circunstancias o requisitos que debían cumplir los transexuales para ser considerados víctimas de violencia de género, haré referencia al Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha de 8 de marzo de 2010[66]. Éste resuelve un recurso de apelación que pretendía que se condenase al autor de los hechos por un delito de violencia de género cuando la víctima era un transexual no reconocido legalmente.

A la hora de resolver, la Jueza señala varias cuestiones: en primer lugar, menciona la anterior Circular del Ministerio Fiscal, si bien apunta que ésta establece el requisito de que la modificación del sexo debe ser reconocida legalmente, cosa que en el caso en concreto no se daba, pues la víctima no había iniciado ningún trámite administrativo, y por lo tanto seguía constando como varón tanto en el Registro, como en su documento de identidad. Por otro lado, persistían los genitales externos propios de los varones, de manera que, aunque presentaba psicológicamente un sexo de mujer y ciertos caracteres sexuales de éstas, aún se debía considerar como un hombre a la hora de enjuiciar el caso. A la vez añade que, en caso de que en el caso en concreto se aplicase el tipo penal agravado para los casos de violencia de género, se estaría dejando al lado el derecho constitucional de prohibición de interpretación extensiva contra el reo, puesto que a pesar de no estar ante una de las situaciones detalladas en la Ley Integral o en la Circular 4/2005, se ampliaría el concepto con el fin de incluir a la víctima transexual y así condenar por una mayor pena para el acusado.

[64] Ejemplos de ellos son: Sentencia nº 60/2006 de AP Albacete, Sección 2ª, 30 de Octubre de 2006; Auto de 4 de Noviembre de 2005 de Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, Auto nº 199/2010 de AP Vizcaya o Sección 1ª, 8 de Marzo de 2010

[65] ÁLVAREZ, S.: "Violencia de género y transexualidad". *Legal today*. [Recurso en línea] 2013. [Fecha de consulta: 16-04-2015] <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/violencia-de-genero-y-transexualidad>

[66] Auto AP Vizcaya 199/2010 de 8 de marzo de 2010 [RTC 2010/199]

Más adelante, el Ministerio Fiscal realizó otra Circular sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre la Mujer[67]. En ella se abordó sobre esta cuestión y se dio respuesta sobre aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo la modificación del sexo en el Registro Civil. Para ello, vuelve a reiterar que, de acuerdo con el fin de protección que persigue la norma, no plantea duda sobre si hay que dar cabida a las mujeres transexuales como víctimas de violencia de género. Pero se añade que lo que ocurre en varias ocasiones es que hay víctimas que no tienen posibilidad de modificar el registro para cambiar de sexo y no por ello deben ser obviadas dentro de la tutela penal que ofrece la violencia de género. Por ello considera que, a pesar de no haberse hecho efectivo el cambio de certificación registral, siempre y cuando se aprecien los requisitos materiales que permitirían llevar a cabo tal modificación en el Registro, los transexuales deben ser igualmente protegidos mediante la tutela penal del delito de violencia de género.

Para argumentar esto, hace referencia al auto de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga dictado el día 3 de mayo de 2010, el cual resuelve una cuestión planteada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer con el fin de esclarecer las dudas que se le generan por el hecho de que la mujer transexual aun no ha procedido a modificar su sexo en el Registro. La Audiencia determina que las pruebas médicas permiten concluir que el denunciante ya se ha intervenido quirúrgicamente al cambio de sexo y que además, presenta una identificación con el sexo femenino, tanto físicamente como psíquica o emocionalmente. Es por ello que la Sala considera que a pesar de no disponer el denunciante del documento oficial que acredite el cambio de sexo, no considerarla como víctima de violencia de género seria desconocer una realidad social de nuestro país, en la que personas se sienten identificadas con el otro sexo. Y este mismo argumento es el que utiliza el Ministerio Fiscal para dar solución a sobre cómo se deben considerar a los transexuales que aun no son reconocidos legalmente. De manera que una mujer transexual siempre tendrá consideración de víctima de violencia de género cuando de los informes médico-forenses y psicológicos que se aporten se identifique como sexo femenino, independientemente de si ha procedido a modificar los Registros con el fin de cambiar el sexo.

[67] Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Visto esto, vemos como las mujeres transexuales sí se ven protegidas por la tutela penal de la violencia de género, siempre y cuando realmente presenten ciertos elementos que las permitan identificarse con el sexo femenino. De manera que la respuesta que ofrece la ley estatal sobre esta materia acaba siendo la misma que en el caso de la ley catalana, si bien esta última lo recoge expresamente y por lo tanto, no ha habido tanto problema a la hora de interpretar los preceptos.

4.3.2. Las parejas homosexuales

En relación a las parejas homosexuales, si hacemos referencia al concepto que se ha dado tanto a nivel internacional como estatal, de entrada puede decirse que no hay cabida para que estas parejas se incluyan como víctimas de violencia de género. Como hemos venido diciendo, en el marco estatal y de acuerdo con el artículo 1, se contempla la violencia de género entre parejas del mismo sexo, pues como recoge, el sujeto pasivo debe ser la mujer y el sujeto activo el hombre.

Por otro lado, desde el marco internacional se habla de violencia contra la mujer cuando se hace por el simple hecho de su género y el principal objetivo es acabar con los roles desiguales entre hombres y mujeres que se han perpetrado en nuestra sociedad, de manera que con esto también se señala que la violencia debe ser ejercida por el hombre. Por lo tanto, en estos conceptos legislativos no se deben considerar víctimas de violencia de género las parejas homosexuales, pues únicamente se prevé para las heterosexuales.

Esto no sólo se puede afirmar de acuerdo a con lo que establecen las leyes, ya que también ha habido pronunciamientos sobre esta negativa de incluir a las parejas homosexuales en el delito.

El primero de ellos fue el del Ministerio Fiscal a través de la Circular 4/2005[68] a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente. En esta se recoge que *los Sres. y Sras. Fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1º del art. 153 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aún sin convivencia. El apartado 2º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el art. 173.2 CP,*

[68] Circular 4/2005 *cit*. p. 28

incluidas las parejas homosexuales. De esto se deriva que los homosexuales no deben estar recogidos por el delito de violencia de género.

Lo que sí se prevé es la posibilidad de que, si se entiende que en el caso en concreto la víctima debe ser considerada especialmente vulnerable, se podrá aplicar el agravante del artículo 153.1 siempre y cuando conviva con el autor. De esta manera se aplicaría el mismo agravante que para los delitos de violencia de género. Esta era una posible solución que también se había dado en el caso del resto de mujeres que no son pareja o no mantienen relación sentimental con el agresor, como podría ser el ejemplo de una hija o una madre al cual nos habíamos referido en anterioridad. Pero se debe volver a cuestionar si resulta correcto equiparar a una víctima homosexual como persona especialmente vulnerable con el fin de verse protegida de la misma manera que en el caso de violencia de género. Deberíamos atender a cada caso para ver si realmente se trata de una persona vulnerable o bien, se intenta considerar así con el fin de aplicar esta tutela penal, entendiendo que en este último caso se está haciendo una mala aplicación de la Ley.

Posteriormente se volvió a crear otra Circular (Circular 6/2011), a la que también he señalado a lo largo del epígrafe. En ella se vuelve a remarcar lo que ya se había dicho en la primera, de manera que podemos entender que resulta clara la postura sobre esta cuestión por parte del Ministerio Fiscal y que entiende que no debe incluirse a las parejas homosexuales dentro del tipo penal de la violencia de género, pues este está pensado para el fin de proteger únicamente las situaciones en las que la víctima es mujer pareja o ex pareja del agresor hombre.

Así mismo, añade el porqué sí se debe aplicar en el caso de transexuales y no. Para ello, entra a definir lo que se debe entender por transexualidad y homosexualidad. La transexualidad la define como *la persona que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos; persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto*. En cambio, la homosexualidad la define como la *inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo*. De manera que, de acuerdo a esta diferencia que se señala, resulta lógico entender el porqué sí se incorpora a los transexuales la protección que se ofrece con la Ley Integral siempre y cuando, en el caso en concreto el agresor sea hombre y la víctima sea mujer transexual.

Aparte de las Circulares emitidas por el Ministerio Fiscal, también encontramos recogida la misma postura en diversas sentencias[69]. Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009[70], la cual resuelve un recurso de casación. Este recurso alega una mala aplicación del artículo 171.4 del CP, relativo a las amenazas en el caso que se trate de víctimas de violencia de género, ya que en la sentencia impugnada se condenó a través de este precepto cuando los hechos violentos habían transcurrido entre una pareja homosexual. El único fundamento para poder aplicar este tipo fue que *entre el amenazante y el amenazado existía una relación de pareja conviviente, siendo en aquel momento compañeros sentimentales.* Pero si se atiende al tenor literal del mismo precepto, este señala quién debe ser el sujeto pasivo: *El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia […].* Por eso mismo, el Tribunal estimó el recurso, apreciando así la falta de amenazas recogida en el artículo 620 CP y dejando de lado la aplicación del precepto que agrava las amenazas en caso de víctimas de violencia de género.

Este mismo planteamiento o postura también lo comparte el magistrado Cruz[71]. Establece que la violencia de género está enfocada a las parejas heterosexuales porque el objeto que pretende combatir la Ley Integral no es otro que el de la dominación del hombre sobre la mujer. Es por ello que en el caso de las parejas homosexuales no se puede aplicar dicha Ley o su protección, ya que no se está dando esa dominación que se pretende combatir[72].

Dicho esto, cabe plantear qué respuesta ofrece nuestro ordenamiento en el caso de que una pareja sexual del mismo sexo sea víctima de malos tratos o agresiones, ya que el hecho de que no se les incluya dentro de la violencia de género no quiere decir que no se ofrezca una protección y sanción en las situaciones de violencia que puedan padecer. Una de las posibilidades es que, en función de las circunstancias que operen en el caso

[69]ROIG, M.:*"*La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso*". Estudios penales y criminológicos.* Vol. XXXII. Valencia. 2012, pp. 247-312.
[70] STS 1068/2009 de 4 de noviembre de 2009 [RTC 2009/1068].
[71] CRUZ, C.: *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales.* II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género. Granada. 2006. p.5.
[72] Cruz señala que "*en el caso de la pareja homosexual nunca podrá darse esa dualidad por cuanto no se está hablando de "roles" en la pareja (cuestión por otro lado muy poco definida en la mayoría de ocasiones y más propia de una concepción dualista de los roles, ya muy cuestionada en la actualidad) sino que se está tratando del sexo declarado legalmente de una persona*." CRUZ, C.: *La Ley Integral… cit.* p. 5.

en concreto a enjuiciar, el juez considere a esta víctima conviviente con el autor de las agresiones, como un sujeto especialmente vulnerable, siendo así de aplicación el artículo 153.1 CP. Sobre ello, me remito a todo lo que he dicho hasta ahora. También será de aplicación para este tipo de víctimas el tipo penal que recoge la violencia doméstica, es decir, será de aplicación el segundo apartado del artículo 153 CP[73].

Por último y en cuanto a las parejas homosexuales, resulta destacable que la Junta de Extremadura anunció en noviembre del año pasado que iba a reconocer como violencia de género el maltrato entre parejas del mismo sexo, siendo así la primera comunidad autónoma española en reconocerlos. Este reconocimiento pretende estar incorporado en la ley de igualdad entre heterosexuales, lesbianas, gays, transexuales y bisexuales que pronto entrará en el Parlamento[74].

4.4. La posible vulneración del principio de igualdad: especial referencia a la Sentencia número 59/2008 del Tribunal Constitucional.

Con todo lo dicho, vemos como hay varios sujetos pasivos víctimas de malos tratos que no reciben la protección que ofrece la Ley Integral al no ser éstos considerados como víctimas de violencia de género. En lo que se refiere a los casos en que las víctimas de estos malos tratos son hombres, no he hecho ningún análisis sobre ello, si bien resulta deductivo que se debe aplicar la misma solución o respuesta a la que se dan a las parejas homosexuales, pues se aplican los mismos criterios de justificación para excluir a éstos.

De acuerdo con el objeto que persigue la Ley, esta exclusión resulta lógica ya que, como he dicho en reiteradas ocasiones, lo que se pretende combatir es aquella violencia ejercida por parte de hombres contra las mujeres por el simple hecho de pertenecer al sexo femenino (si bien, en lo que no parece lógico es en el hecho de solamente incluir a aquellas mujeres que han mantenido relación sentimental o matrimonial con el agresor).

Pero ésta ha recibido muchas críticas sobre su constitucionalidad por el hecho de agravar las conductas que se ejercen contra las mujeres que son o han sido parejas del agresor, ya que consideran que esta diferenciación constituye una infracción al artículo 14 de nuestra Constitución, que es aquel que recoge el derecho a la igualdad.

---

[73] Ello lo afirma las diferentes circulares del Ministerio Fiscal (Circular núm. 4/2005 y Circular núm. 6/2011)

[74] El periódico de Extremadura. *Extremadura, pionera en reconocer el maltrato entre parejas gais como violencia de género.* [En línea] 2014 [Fecha de consulta: 20-04-2015] <http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/extremadura/extremadura-pionera-reconocer-maltrato-parejas-gais-violencia-genero_840016.html#>

Para poder ilustrar éstas críticas en torno a la Ley y la respuesta jurisprudencial que se dio, procederé a analizar la Sentencia número 59/2008 del Tribunal Constitucional de 14 de Mayo de 2008[75]. Ésta resuelve una cuestión de inconstitucional planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, presentada a fecha de 29 de julio de 2005, de manera que la Ley aún llevaba escaso tiempo en aplicación. El fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad se basa en la distinción de penas que la Ley genera en función de quien sea el sujeto activo o dicho de otra manera, el sujeto pasivo (si es víctima de violencia de género). Por ello, se señala que "*en la determinación de la pena alternativa, uno de cuyos términos se vería limitado, por razón del sexo del agresor, a un tramo de pena de prisión más oneroso*" haciendo referencia a que si se tratase de una agresora mujer, la pena seria más baja, entre otras de las diferencias que se originan en función del sujeto pasivo del que se trate[76]. Así mismo, se añade que "*El Auto precisa que la duda de constitucionalidad se suscita, tan sólo, en cuanto al primer inciso del párrafo 1 del art. 153, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento […]".* De manera que se plantea la constitucionalidad de la Ley de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución (entre otros que se citan también), al entender que con este trato diferencial se origina una discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional, antes de entrar a cuestionarse si realmente está suponiendo una vulneración al artículo 14 CE o no, entra a definir o explicar lo que este precepto recoge. Entiende que el precepto constitucional no sólo recoge el principio de igualdad, sino que también recoge la prohibición de discriminación[77]. Continua diciendo que esta prohibición no contiene una lista tasada de supuestos que son considerados discriminatorios, sino que sirve para prohibir aquellas diferencias históricas que han venido produciéndose a lo largo de los años, que no únicamente son desventajosas, sino que también son contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Por

[75] STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008/59]

[76] Ya que esta diferencia afectara también a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

[77] En la misma Sentencia se citan otras que han abordado sobre este tema en cuestión: STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2 y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5.

ello, en caso de que el legislador quiera introducir alguna medida que genere diferencias entre individuos, deberá existir suficiente justificación para tal diferencia. Así mismo, cita la STC 222/1992, de 11 de diciembre, la cual establece que para estas diferenciaciones normativas sean permitidas se deben cumplir ciertos requisitos: que persiga un fin discernible y legítimo y que no resulte una medida desproporcionada. Es por esto que resulta evidente que el auto que invoca la cuestión de inconstitucionalidad, únicamente alude al principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución, dejando al lado a la prohibición de discriminación que también se ve enmarcada dentro de este precepto.

Además, el mismo Tribunal señala que el sexo no es el factor determinante para que se produzcan estos tratos diferenciados en las penas, sino que esto es fruto de la voluntad del legislador, quien ha querido sancionar más a unas agresiones que otras, pues entiende que *son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*. Es por ello que el Tribunal entiende que lo que se ve afectado es el género, es decir, la construcción socio-cultural derivada de las relaciones de poder machista del género femenino. De manera que no cabe el pensar que nos encontramos ante una prohibición de discriminación por razón de sexo (como una condición biológica), ya que el fundamento de ese trato diferenciado es el género. Ahora bien, a la vez señala que aunque el fundamento tuviera en cuenta el sexo, seguiría considerándose justificada al reunir los requisitos necesarios para tal, que son los que explico a continuación[78].

Para justificar su constitucionalidad, hace referencia a la finalidad de la Ley, que como ya hemos dicho, no es otra que acabar con esta violencia machista, la cual es causada del hombre hacia la mujer. Se trata de conductas agresivas que están integradas en nuestra sociedad por ese rol desigual que se ha llevado a cabo en lo largo de los años en nuestro país, donde las mujeres no disponían de los mismos derechos ni oportunidades que el hombre, así como tampoco gozaba del mismo trato. Sólo cabe retroceder años

[78] ALÁEZ CORRAL, B. "El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008." *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. 2008, nº12.

atrás, donde incluso se generaban anuncios sexistas[79]. Es por ello que de acuerdo con el fj 8 de la citada sentencia, el Tribunal considera que esta finalidad legislativa es legítima, pues nos encontramos ante una realidad social que la Ley pretende combatir y solucionar. Incluso en la sentencia se indica que la violencia de género es el "*símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad dirigida sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*".

A la vez, añade que también es comprensible esta mayor pena puesto que, aun resulta más gravoso que la actuación se produzca como consecuencia a las pautas culturales que existen y que dichas pautas lesionan diversos derechos fundamentales de las mujeres, como es el de la vida, libertad o dignidad de la persona, produciéndose así un "*mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP*".

Dicho de otro modo, el TC reconoce que debe existir un trato diferencial en aquellos casos en que nos hallemos ante situaciones lesivas diferentes y con ello no debe entenderse infringido el artículo 14 CE, pues como en el caso que atañe nos encontramos ante tutelas penales distintas dependiendo de si el agresor es varón o mujer, se debe entender que éstos no son iguales en lo que a la violencia de género se refiere, puesto que la mujer se encuentra en una posición de subordinación y por ello, la violencia contra ella debe tener un plus de antijuridicidad[80]. Así mismo, esta diferenciación también debe entenderse permitida, pues resulta fruto de la libertad de la que goza el legislador penal y la cual no conlleva a medidas desproporcionadas.[81]

Básicamente éstos fueron los motivos que llevaron al Tribunal a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Pero no todos los miembros del Tribunal Constitucional adoptaron la misma postura, pues de los once magistrados, cuatro interpusieron sus respectivos votos particulares al no estar de acuerdo a los criterios utilizados para poder justificar la constitucionalidad de la norma. De estos cuatro votos particulares, los que resultan de mi interés son los

[79] El Economista.es. *Los 20 anuncios más sexistas de la historia*. [En línea] 2013 [Fecha de consulta: 23-04-2015] <http://listas.eleconomista.es/medios/2215-los-20-anuncios-ms-sexistas-de-la-historia>

[80] POLAINO-ORTS, M.: "La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer: comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo". *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*. 2008, nº3, p. 15.

[81] ENÉRIZ, F.: "La constitucionalidad de la regulación penal de la violencia de género". *Revista Aranzadi Doctrinal.* 2010, nº1, p. 25.

dos que se refieren al fondo del asunto, pues los otros únicamente se sustentan de cuestiones de carácter más técnico-jurídico, entendiendo que la norma penal objeto de la cuestión es inconstitucional solo por el hecho de una mala redacción, entre otras[82].

Los votos que me ocupa analizar y que inciden sobre el fondo del asunto, coinciden en que no debe considerarse la agresión del varón a la mujer más grave que la de la mujer al varón, pues eso debe entenderse como un precepto contraria al principio constitucional de igualdad entre hombre y mujer . Así mismo, tomar esta postura es comprender a la mujer como el sexo débil[83]. Por otra parte, tampoco considera justificación suficiente para que los varones, en función de su sexo, sean más sancionados que las mujeres en estas conductas por el mero hecho de que haya más agresiones producidas por parte de hombres a las mujeres, por ello afirma que "*la mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito".*

Tampoco se posiciona conforme a que se deban considerar los delitos del artículo 153.1 y 153.2 como conductas distintas, siendo una de ellas considerada más grave (art. 153.1). Para él, esto vuelve a ser un error, pues no se trata de diferentes delitos o conductas tipificadas, sino que la única diferencia existente entre ambos preceptos es la de los sujetos pasivos o víctimas. De manera que entiende que no existe un desvalor entre una conducta u otra, a diferencia de lo que afirma en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Concluye alegando que no existe motivo suficiente para que los posición mayoritaria del Tribunal Constitucional sea la de dar por hecho que en las relaciones sentimentales existe, incluso hoy en día, una relación de desigualdad y subordinación de la mujer por parte del hombre, ya que no es suficiente con mencionar a los hechos del

[82]Véase ENÉRIZ, F.:"La constitucionalidad de la regulación penal…" *cit.* p. 28.

[83] En el cuarto apartado del primer voto particular de la citada Sentencia se señala que *late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil [aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el F. 11, apartado a), párrafo 2] sobre la posición de la mujer que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad.*

pasado para poder decir que hoy en día (o mejor dicho, en los tiempos en que se dictó la sentencia), esta posición desigual de la mujer se sigue manteniendo[84].

El otro voto particular que también incide sobre el fondo del asunto, utiliza los mismos criterios o argumentos que el ya mencionado, aunque si bien añade ciertos aspectos a considerar. El primero es que no se debe considerar que todo maltrato realizado por un hombre contra su mujer o pareja sea siempre una manifestación de sexismo, pues puede dar lugar a que estos actos violentos puedan venir motivados o sean intencionados por otro hecho. En relación a esto añade que *"a mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos."*

En segundo lugar y en relación con esto, tampoco está de acuerdo con el hecho de que el Juez no aprecie en cada caso el desvalor o el carácter lesivo de la conducta, sino únicamente quién la ha realizado (la pareja o ex pareja). Es por ello que cree que el autor del delito está sancionado con ese plus de condena por los actos violentos cometidos por varones a lo largo de los años por ese pensamiento machista, aun cuando la agresión que el autor en concreto haya estado fundada por otros motivos: *"el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original » del que no pudiera desprenderse".*

De todo ello se deduce la gran complejidad del tema abordado, pues existen grandes discrepancias incluso con los miembros del Tribunal Constitucional, de manera que resulta obvio que más aún haya un conjunto de ciudadanos que rechacen la solución aportada con la Ley.

También son muchos otros los que han defendido la constitucionalidad de la Ley. Laurenzo[85], quien afirma que no debería sorprender que el ordenamiento penal conceda una tutela más reforzada, pues el Derecho penal ya ha acudido a este tipo de medidas en

[84] Así, el Magistrado en el voto particular defiende que *la pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (F. 9, apartado a, párrafo 4), y que de poder ser atendible supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima.*

[85] LAURENZO, P. "La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal" *Cit*. p. 20.

otras ocasiones. Es el caso de aquellos delitos que contemplan agravaciones por el sujeto pasivo afectado, como sería cuando la víctima es menor o incapaz. Estas tutelas reforzadas pretenden proteger a los sujetos pasivos que de acuerdo a ciertas características que poseen, se considera que es necesario ofrecer este plus de protección, pues se encuentran en una posición más vulnerable frente a determinadas agresiones. Así mismo añade que *este refuerzo en la tutela penal no repercute en merma alguna de la protección de los varones por parte del ordenamiento punitivo ya que no se les "quita" protección para dársela a las mujeres",* ni tampoco se les deja sin protección alguna, pues los hombres que son agredidos por sus parejas también encuentran respuesta en el ordenamiento penal a través de figuras más generales, como es el caso de en el delito de violencia doméstica, el homicidio, las lesiones, amenazas…

Por otro lado, Villacampa[86] expone que se debe entender que la violencia de género es un delito que presenta elementos que la distinguen de cualquier otro tipo de violencia y que por ello es adecuado que tenga una tutela penal más reforzada. Así mismo, entiende que es un acto con un mayor desvalor, pues la finalidad de la agresión no es otra que la de dominar a la mujer. Pero a la vez alerta que esta agravación de la pena no debe hacer entender que la mujer es un "sexo débil" merecedor de este plus de protección.

4.4.1. ¿Se puede considerar el agravante para delitos sobre víctimas de violencia de género una acción positiva?

Muchos son los que han defendido las críticas de inconstitucionalidad diciendo que la esta agravación de la pena del delito de malos tratos (u otros, como puede ser el de amenazas) a favor de las mujeres que han sido o son pareja debe considerarse como una acción positiva[87]. Esta consideración también se discute en los planteamientos de la cuestión de inconstitucionalidad, en la que se establece que, si bien se valora que se trate de tal para así justificar la diferenciación de trato entre unos sujetos u otros (entre hombres y mujeres), se duda sobre si es posible la introducción de tales medidas en el ámbito penal[88].

[86] VILLACAMPA, C. El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*. 2007. nº09-12. p. 17.
[87] Así, LAURENZO, P. "La violencia de género en la Ley Integral…" *Cit.* p. 15.
[88] En la misma cuestión de inconstitucionalidad se señala que la introducción de acciones positivas en el ámbito penal tampoco se dan en el Derecho comparado, sino que únicamente se prevé en el ordenamiento jurídico sueco.

Primero conviene dar una definición a este concepto. De forma amplia podríamos entender a la acción positiva como una medida que pretende favorecer a colectivos discriminados que al mismo tiempo, generan perjuicios para el grupo dominante. Es decir, supone generar ventajas a miembros discriminados que hacen que mermen las oportunidades para los quien son el grupo mayoritario[89]. Ejemplo de ellos podrían ser el sistema de cuotas en listas electorales o bien, las preferencias de las que disfrutan los minusválidos para acceder a puestos de trabajo.

Este concepto de acción positiva suele confundirse con medidas de discriminación inversa, por ello cabe también definir éstas. La discriminación positiva es la expresión que utiliza quien se opone a la adopción de estas medidas de acción positiva al considerar que se violan derechos constitucionales[90]. Este concepto suele utilizarse más en Europa y tiene una finalidad descriptiva.

Laurenzo afirma que estas políticas solo toman sentido cuando lo que pretenden regular son los escasos recursos de la sociedad, como sería el caso de acceso a puestos de representación política (el sistema de cuotas paritarias), ya que son medidas que conceden ventajas directas en el acceso de los bienes. De manera que en ningún caso puede concebirse la existencia de éstas en el ámbito penal, pues de ser así estaríamos entendiendo que esta tutela reforzada a la mujer es una concesión de ventajas para ésta en detrimento del varón[91]. Asimismo Fuentes[92] apunta que lo que sí se podría llegar a considerar una acción positiva seria los derechos laborales y de seguridad social que la LOMPIVG reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género, como sería el derecho que ofrece el artículo 21 de la misma a las víctimas sobre la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo o el derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, entre otras muchas medidas. Pero lo que no puede considerarse *y bajo ningún concepto* es que las sanciones penales que se contemplan sean consideradas acciones positivas. Esta agravación del tipo consiste en una técnica

[89] LAURENZO, P.: "La violencia de género en la Ley Integral…" *cit.* p.5.

[90] BARRÈRE, A.: Igualdad y "discriminación positiva": un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. [En línea] nº9. 2003. Institut de Drets Humans de la Universitat de València. p. 23[Fecha de consulta: 03-02-2015] <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>

[91] Laurenzo recoge que *"la opción político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer poco tiene que ver con la técnica de las acciones positivas en sentido estricto. Su sentido y justificación se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del Derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer a costa del varón".* LAURENZO, P.: "La violencia de género en la Ley Integral…" *cit.* p.16.

[92] FUENTES, O.: "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". *Diario la Ley.* 2005. pp. 1-21. p. 13

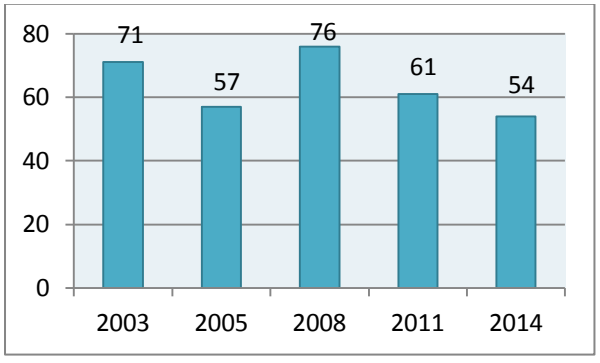
legislativa que habitualmente se ha utilizado por el Estado para así poder hacer frente a este tipo de situaciones específicas y no por ello debe ser considerado una medida de acción positiva.

Con todos estos argumentos concluyo diciendo que la agravación del delito de malos tratos que establece el artículo 153.1 del CP, así como las otras agravaciones que genera la Ley Integral, no deben entenderse como acciones positivas, sino como una tipificación de un delito específico y al que se pretende dar mayor protección con mayores penas. Tampoco debe entenderse como una medida inconstitucional, pues tales agresiones deben recibir un mayor reproche por el hecho que las motiva, que a diferencia de los otras conductas de violencia doméstica que vienen motivadas por hechos independientes para cada caso en concreto, en el caso de la violencia de género el motivo de tal no es otro que por el género de la víctima.

5. Impacto de la Ley Integral

El objetivo de este capítulo es poder determinar el éxito de la Ley Integral en cuanto a la erradicación de la violencia de género, así como sus efectos. Para ello me abasteceré de informes o memorias de diferentes órganos e instituciones y destacaré los datos que considero más relevantes para dicho fin.

En primer lugar he analizado los que aporta el boletín estadístico mensual de enero de 2015 sobre violencia de género[93], ofrecidos por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y reflejan el total de víctimas mortales por violencia de género a lo largo de los años. Aunque en el boletín estadístico se ofrecen datos de cada uno de los años a contar des del 2003 hasta el actual, únicamente he escogido los ofrecidos para el 2003, 2005, 2008, 2011 y 2014, siendo así períodos de tres años. Con la elección de éstos intento mostrar una visión global de la situación de violencia de género en España antes de la aprobación de la Ley Integral (año 2003), una vez la misma entró en vigor (año 2005) y el desarrollo de ésta con el paso del tiempo hasta el 2014, puesto que es del último que conocemos los datos anuales. Según los datos que nos ofrece el mismo informe, las víctimas mortales por este delito fueron las siguientes:



[93] Boletín estadístico mensual del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Información estadística de violencia de género. Informe Mensual – Enero de 2015.* [En línea][Fecha de consulta: 24-04-2015]
<http://www.msssi.gob.es/eu/ssi/violenciaGenero/datosEstadisticos/boletinmensual/2015/docs/BE_Enero1.pdf >

Como las mismas cifras reflejan, podemos afirmar que hubo un descenso de víctimas mortales justo después de la entrada en vigor de la Ley (entre los años 2003 y 2005), aunque si bien resulta cierto también que hubo un incremento muy notorio en el año 2008, contando éste con un total de 76 víctimas mortales por violencia de género, siendo así el año con más víctimas mortales des del año 2003 hasta nuestros días. De manera de acuerdo con los datos que se ofrecen, no podemos afirmar si realmente la bajada de víctimas mortales des del año 2003 (71) hasta el pasado año 2014 (54) se debe a la aplicación de la Ley Integral, pues en el transcurso de la aplicación de ésta ha habido subidas y bajadas en relación al número de víctimas mortales a causa de violencia de género.

A la vez y según los datos procedentes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre las víctimas mortales por violencia de género[94], del total de las 54 víctimas mortales en el pasado año, 37 de ellas fueron agredidas por hombres nacidos en España (68,5%) y las 17 restantes por hombres nacidos en otros países (31,5%). Así mismo, 4 de los agresores tenía una edad entre los 18 y 30 años (7,5 %). Conviene pues contraponer estos porcentajes con los que se daban antes de entrar en vigor en la Ley, utilizando como fecha de referencia la ya utilizada del año 2003[95]. Como se había indicado, en ese año hubo un total de 71 víctimas mortales, de las cuales 59 fueron agredidas por varones nacidos en España (83,1%) y las 11 restante por varones nacidos en otros países (15,5%). En cuanto a la edad de los agresores, un total de 7 (9,9%) tenía entre 21-30 años.

De aquí sí que podemos sacar ciertos apuntes o conclusiones. La primera de ellas es que no debe resultar alarmante que el porcentaje de agresores nacidos en otros países se haya incrementado, puesto que esto podría justificarse por el aumento de inmigración que se ha producido en España. Lo que sí resulta llamativo es el alto porcentaje de agresores nacidos en España. Si bien es verdad que, después de más de 10 años de aplicación de la ley, el porcentaje de agresores españoles ha disminuido en un 14,6%,

[94] Datos estadísticos de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de GÉNERO. Año 2014.*[En línea] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad [Fecha de consulta: 01-05-2013] <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/datosEstadisticos/docs/VMortales_2014_31_12(def).pdf>

[95] Datos estadísticos de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de GÉNERO. Año 2003.*[En línea] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad [Fecha de consulta: 01-05-2013] <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/datosEstadisticos/fichaResumen/docs/DatosViolenciaGeneroAno2003.pdf>

sigue tratándose de un porcentaje alto. También resulta llamativo el número de jóvenes agresores. En el 2003 no había ningún varón menor de 21 años que hubiese matado a su pareja o ex pareja, en cambio, en el año 2014 encontramos que la edad media baja hasta los 18. Esto puede dar a pensar que las medidas educativas que se recogen en la ley son insuficientes y que no únicamente deben darse en la época de colegio, sino que se debería seguir concienciando a los jóvenes en los centros postobligatorios, como en aquellos que ofrecen módulos formativos o también en la universidad.

Una vez dicho esto, conviene entrar a analizar el total de denuncias de violencia de género presentadas y órdenes de protección solicitadas en diferentes años. Para ello he acudido a los datos que ofrece el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, una institución creada en el año 2002 y compuesta por representantes del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de Justicia y de la Fiscalía General del Estado y por un representante de las ocho Comunidades Autónomas[96]. Los años que se analizaran será el del 2003, para ver la cantidad de denuncias interpuestas antes de la aprobación de la ley, si bien cabe decir en ese año aún el Observatorio no hacia informes relativos únicamente en la violencia de género, sino que se basaba en la violencia doméstica y por tanto no habla únicamente de las víctimas mujeres. También el del año 2014 para conocer de los últimos datos anuales.

En relación al año 2003[97], se presentaron un total de 76732 denuncias por violencia doméstica, de las cuales fueron retiradas 10155. De este año no se ofrecen datos relativos a las órdenes de protección. En relación a los datos que se recogen sobre el año 2014[98], el total de denuncias presentadas fueron 126,742, de las cuales sólo un 7,71% fueron presentadas directamente por la víctima. En cuanto a la cantidad de mujeres que renunciaron al proceso, fueron 15721 denuncias (12,4%). Sobre las órdenes de protección, fueron solicitadas 33167, aunque sólo 18775 se acordaron (57%).

[96] Su principal función es la de estudiar las Sentencias y demás resoluciones dictadas sobre estos delitos para así poder establecer pautas de actuación en el Poder Judicial o bien, sugerir aquellas modificaciones legislativas que se consideren convenientes.

[97] Actividad del Observatorio: datos estadísticos. *La violencia doméstica en la estadística judicial del año 2003.* [En línea] Violencia doméstica. Junio de 2004. Congreso General del Poder Judicial [Fecha de consulta: 30-04-2015]. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos?filtroAnio=2003>

[98] Actividad del Observatorio: datos estadísticos. *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2014.* [En línea] Violencia sobre la mujer. Congreso General del Poder Judicial [Fecha de consulta: 30-04-2015] <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales-de-2014>

A parte de estos datos estadísticos relativos al delito de violencia de género, también me parece de interés informes que aporten datos sobre las víctimas mortales de violencia doméstica para así hacer una comparativa entre ambos delitos. Para ello analizo la información proporcionada para el año 2011, puesto que es el último informe que contiene dicha información contrapuesta. En el inicio del capítulo ya había hecho referencia a las víctimas mortales de violencia de género en este año, siendo éstas un total de 61, si bien en el informe se recogen 62 según datos aportados por la instrucción judicial. Por otro lado, el total de muertes por violencia doméstica suma 7, de los cuales 5 fueron causadas presuntamente por mujeres, siendo únicamente 1 de ellas extranjera de nacionalidad cubana. Las otras 2 muertes fueron causadas por varones, ambos españoles.

El mismo informe también señala si las víctimas habían presentado anteriormente denuncia por malos tratos. En cuanto a las víctimas de violencia de género, solamente 16 de las 62 (según los datos que utiliza dicho informe) presentaron denuncias previas, siendo pues un 26% del total. De estas 16, únicamente solicitaron medidas de protección 14, aunque 3 de ellas se denegaron por renuncia de la víctima y otra no compareció al juicio de faltas, de manera que se dictó sentencia absolutoria para el denunciado. En cambio, en el caso de la violencia doméstica ninguno de los hombres había presentado denuncia. Esto nos muestra como a día de hoy la mayoría de las víctimas de malos tratos no denuncian tales. A la vez, en varias ocasiones cuando la víctima se atreve a denunciar, finalmente acaba desistiendo o no personándose en las vistas. Es por ello que muchos de los delitos de violencia de género acaban siendo impunes ya que se desconoce su existencia.

En cuanto a los datos ofrecidos por el Ministerio Fiscal, analizaré la última memoria sobre el delito de violencia de género[99] en la que se analizan datos del año 2013 puesto que la memoria es del pasado año. En ese mismo año las víctimas mortales de violencia de género fueron 55, de las cuales únicamente denunciaron 10 (9 españolas y 1 extranjera). En el informe se recogen los diversos sucesos, si bien sólo destacaré las que considere más oportunas para mi estudio.

[99] Fiscalía General del Estado: *Memoria elevada al gobierno de S.M. Fiscalía General del Estado.* [En línea] 2014. Capítulo III: violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Centro de Estudios Jurídicos Ministerio de Justicia 2014. [Fecha de consulta: 02-05-2015]
<https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/index.html>

El 6 de febrero de 2013 falleció una de las 55 víctimas, quien había convivido 5 años con su agresor hasta que finalmente se separaron. El agresor fue denunciado por su pareja y se le retiró su arma reglamentaria. La perjudicada así mismo solicitó orden de protección y ésta fue concedida. En el día señalado para la vista, la víctima no quiso comparecer y finalmente se dictó sobreseimiento de las actuaciones, de manera que se le devolvió el arma al acusado. Éste la mató en mitad de la calle con esa misma arma.

El 18 de marzo de 2013 fue cuando falleció otra de estas víctimas. Ella estaba casada con el agresor y tenía 3 hijos mayores de edad con él. Interpuso denuncia por amenazas pero finalmente decidió retirarla. El agresor la mató a golpes con un hacha.

Así mismo, el 4 de agosto de 2013 la víctima había presentado con anterioridad denuncia por malos tratos y se le había concedido orden de protección. Ella también denunció el quebrantamiento de tal medida. Fue asesinada en su mismo domicilio con golpes de martillo y apuñaladas. En el momento de los hechos el agresor volvió a quebrantar la orden de protección. Igualmente ocurrió el 11 de septiembre cuando una de las víctimas fue asesinada por su agresor cuando estaba vigente una prohibición de aproximarse a la víctima.

La misma memoria recoge otros datos relativos al 2013 que, si bien las víctimas no son mujeres o al menos no únicamente éstas, son otros familiares cercanos. Uno de estos sucesos que se recogen es el del 13 de marzo de 2013, en el que el agresor mató al hijo común de 4 años de edad y a los dos abuelos maternos. Los acuchilló en el que era el domicilio familiar. De acuerdo con lo que se señala *la esposa, el día anterior había manifestado al agresor su intención firme de separarse, a lo que él contestó "te voy a dar donde más te va a doler".* En otro de los hechos el agresor mató a su pareja a golpes, embarazada ésta de 7 meses, y después la descuartizó. Así mismo, existen más casos en los que el agresor también mató a los hijos en común con la víctima.

Todos estos datos deben llevar a una misma afirmación: la gravedad de los hechos justifican que exista una agravación en las penas cuando se tratan de episodios de violencia de género, así como también de ello se desprende la necesidad de mantener una protección efectiva para todas las víctimas que lo sufren, pues encontrarse ante esta violencia es demasiado peligroso para la integridad, tanto física como psíquica, de la víctima y de sus familiares o cercanos a ella.

Para concluir esta sección, incluiré algunos de los resultados de la primera encuesta a escala de la Unión Europea sobre violencia contra las mujeres, así como las recomendaciones que se ofrecen sobre el tratamiento de ésta[100]. Esta macro encuesta fue realizada por la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (FRA), quien encuestó a 42.000 mujeres de toda la UE y les preguntó sobre sus experiencias relativas a la violencia de género. Cabe decir que en la encuesta se enmarca el acoso y violencia sexual dentro del delito de la violencia contra la mujer, pues de acuerdo con lo que se establece *violence against women exists in every society, and encompasses different forms of physical, sexual and psychological abuse*. De manera que no únicamente incluyen la violencia física o psicológica como hace el ordenamiento español, sino que se incluye también aquella sexual.

De acuerdo con las encuestas realizadas, el 31% ha experimentado violencia física y el 11% violencia sexual. Los porcentajes en España son del 20% y el 6% respectivamente. Así mismo, una de cada veinte mujeres europeas (5%) ha sido violada y el 55% ha sido acosada sexualmente.

En relación con las denuncias presentadas por éstas, únicamente existe una media del 14% de mujeres europeas que contactan con la policía tras los incidentes de violencia física o psíquica, aumentando en el 20% cuando nos centramos en las encuestadas realizadas a mujeres españolas. Sobre las víctimas que han sufrido violencia sexual, una de cada cuatro no contactó con la policía ni con ningún otro servicio tras el incidente.

También se pregunta por la percepción de cada una de ellas sobre la violencia contra las mujeres. Un 78% de las encuestadas europeas considera que es bastante común en su país de residencia, siendo este porcentaje del 84% si se tiene en cuenta únicamente el de las encuestadas españolas. A la vez se les pregunta a las que han sufrido algún tipo de violencia, ya sea física o sexual, qué tipo de ayuda hubieran considerado útil y la mayoría considera que hubieran necesitado hablar con alguien y recibir apoyo, seguido de las que consideran que hubieran necesitado más protección.[101]

[100] European Union Agency For Fundamental Rights (FRA). *Violence against women: an EU-wide survei.* Publications Office of the European Union. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea Luxemburgo.2014.

[101] European Union gency For Fundamental Rights (FRA). *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones.* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo. 2014.

Finalmente, el FRA afirma que los resultados muestran como la violencia contra las mujeres es una vulneración de los derechos humanos que se extiende por toda la Unión Europea pero que no suele denunciarse. Por ello, el mismo informe contiene recomendaciones o vías de actuación que deberían tomar los Estados Miembros con el fin de poder acabar con tal vulneración de derechos[102]. Principalmente consiste en reformar las políticas que recoge cada Estado sobre la violencia contra la mujer, así como incluir también el acoso y los abusos que reciben las mujeres a través de las nuevas tecnologías, pues aunque resulta algo novedoso, muchas de acuerdo con las encuestas han sido víctimas de ello vía internet. También se recomienda que este tipo de encuestas se realicen cada cierto tiempo con el fin de poder observar aquellos campos en los que se requiere un esfuerzo para dar una mayor protección a las víctimas.

[102] European Union gency For Fundamental Rights (FRA). *Violence against women… Cit.* pp. 43-44.

6. Conclusiones finales

En este apartado recogeré mis conclusiones sobre todo lo analizado en el trabajo. Éstas son varias, si bien intentaré seguir en la medida de lo posible el mismo orden que se establece en los capítulos para que sean más comprensibles.

En primer lugar considero que el concepto de violencia de género que tomó el legislador a la hora de crear la Ley Integral no ha sido el adecuado, pues no debería considerarse sólo aquella violencia que se comete contra la mujer, dejando así de lado al resto de víctimas de violencia de género que pueda haber. Resulta claro que la violencia de género que más se comete en nuestro país (y también en el resto del mundo) es contra la mujer, pues los datos así lo demuestran, como también que esta se produce por la desigualdad en los roles entre las mujeres y los hombres derivada de las pautas culturales machistas. Pese a ello, no resulta motivo suficiente para permitir la exclusión al resto de víctimas, pues considerar únicamente a las mujeres como sujeto pasivo de este tipo de violencia supone victimizarlas. Esto es así porque contemplar solo a las mujeres equivale a decir que son las únicas que pueden ser víctimas de tales delitos. Ocurriría lo mismo en el caso en que nuestra regulación recogiera el delito de abusos sexuales, el cual pretende garantizar la libertad sexual de los individuos, y solamente se señalase que pudieran ser víctimas de estos abusos las mujeres.

Toda esta argumentación también sirve para explicar mi postura en cuanto a la exclusión de los hombres y homosexuales. Entiendo que si éstos son agredidos por el género que ostentan, sí debe haber la misma tutela penal que cuando un hombre maltrata a su mujer por su género adoptado. Lo que tampoco debe hacerse, pues resultaría una mala aplicación del precepto, es castigar cualquier delito de violencia habitual como un delito de violencia de género, porque para ello tenemos el delito de violencia habitual en el domicilio habitual. Por ello, determinar cuándo nos encontramos ante un delito de violencia de género o violencia doméstica es complicado, pues supondría deber analizar cada caso en concreto las situaciones que han causado la agresión y así englobarlo dentro de un delito u otro. A pesar de esta dificultad, esto sería una correcta aplicación del precepto.

No obstante, no solo encuentro erróneo el concepto adoptado por el legislador por el hecho de excluir a los sujetos que no son mujeres, pues tampoco considero acertado

haber adoptado el concepto de violencia de género cuando lo que se pretendía prohibir era la violencia que se comete contra la mujer. Hubiera sido más correcto adoptar el mismo concepto que existe en el ámbito internacional para definirla, es decir, utilizar el concepto de violencia contra la mujer en vez de violencia de género.

Pero no sólo son estas las erratas que creo que ha cometido el legislador a la hora de adoptar el concepto de violencia de género, ya que aunque resulte paradójico, a pesar de querer prohibir toda la violencia que se comete a la mujer por el hecho de ser mujer, la ley excluye a algunas. Esto es porque es necesario haber mantenido una relación sentimental con su agresor para ser considerada víctima de violencia de género, excluyendo de esta manera a todas aquellas otras mujeres que también son víctimas pero que no mantienen esa relación de afectividad. De modo que queda excluida de la protección de violencia de género una madre, hermana o compañera de trabajo, entre otras. Si ya resultaba restrictivo que únicamente se diera cabida a la mujer como víctima de violencia de género, aún lo es más cuando sólo se da cabida a aquellas que son o han sido parejas del agresor.

Esto no solo se trata de una cuestión interpretativa, sino que resulta transcendente en la práctica. Ya había mencionado en el apartado que se trataba esta cuestión el caso de un hombre que, además de maltratar a su pareja, también agredía a su hermana y madre, si bien en el caso solo se recoge la agresión que hace a la madre. Esto a mi entender es un claro ejemplo de violencia contra la mujer, pues todas las víctimas de este hombre son mujeres de su círculo familiar. Como la madre queda excluida del ámbito de aplicación de la violencia de género, el juez la consideró "persona especialmente vulnerable" para así poder aplicar la misma pena agravada que la que se establece para el delito del violencia habitual recogido en el artículo 153.1 del CP (el maltrato en las víctimas de violencia de género). De manera que la sentencia acaba siendo la misma que si la víctima hubiera sido la pareja o ex pareja, pero para ello es necesario considerarla como "especialmente vulnerable", victimizando así de nuevo a la madre. Vemos pues el problema que genera esta restricción supone deber considerar vulnerable a la víctima en cuestión o bien, no protegerla con esta tutela. Por ello, si el legislador quería recoger la violencia contra la mujer, la solución no tendría que haber sido esta, sino dar protección a todas las mujeres que reciben agresiones en razón de su sexo, indistintamente de la relación que mantenga con el agresor, de modo que se adoptaría el concepto recogido en el sistema internacional de Naciones Unidas.

Asimismo, quiero hacer referencia a la agravación en la pena de este delito. Indistintamente si la víctima de este delito debe ser hombre o mujer, que como ya he dicho esto debería ir en función del género y no del sexo, conviene plantearse si esta agravación de la pena es necesaria. Está claro que ya hay un delito que recoge la violencia habitual en el ámbito familiar, así como otros que hacen referencia a la integridad física o psíquica de la persona, como sería el de lesiones. Pero cuando estas agresiones se cometen sobre las víctimas que se prevén para la violencia de género, la tutela penal de las lesiones o amenazas se agrava, como también para la violencia sobre éstas. Hemos visto que muchos consideran que esto puede suponer una vulneración del principio de igualdad, pues dependiendo de si la víctima es considerada de violencia de género o no, por un mismo hecho o uno parecido se aplica una pena mayor. Insisto en que esto no debe confundirse con lo que ya he comentado sobre si solo las mujeres pueden ser víctimas de la violencia de género, sino que lo que aquí cuestiono es si resulta adecuado adoptar una pena u otra en función de si se trata de un delito de violencia de género o no.

Por lo que a mí respecta, adoptar una mayor pena es lo que se necesita para poder erradicar este tipo de violencia. Aquí nos encontramos ante unas agresiones que se generan sin motivos justificados. No con ello quiero decir que todas las agresiones se generen por algún motivo para el agresor, sino que en este caso nos encontramos ante un tipo de violencia que se da por una condición de la persona. Digamos que se trata de una violencia discriminatoria para la víctima, pues se genera en función de sus características, en este caso generadas por el género adoptado por ella. Además, la actitud que adopta el agresor en la mayoría de delitos es extremadamente violenta, llegando incluso a matar a seres queridos de la víctima para así causarle un mayor sufrimiento. Es por ello que deben ser penas agravadas en relación con los demás delitos de malos tratos, pues el motivo que las genera y sus manifestaciones debe suponer que el mal generado aún es mayor. Como decía la jurisprudencia, se debe entender que la violencia de género supone un mayor desvalor por la circunstancia que la llega a generar.

Conviene apuntar también el otro concepto de violencia de género que se ha adoptado en la legislación catalana y andaluza. Antes de todo he de decir que no debería haber diferentes conceptos en un mismo estado para un mismo delito. Si bien es cierto, considero que las concepciones que se adoptan por estas comunidades autónomas son

más adecuadas que la que se adopta a nivel estatal. Pero esto como ya he dicho, tampoco supone una mejor aplicación del delito en estas comunidades, pues estas leyes solo recogen servicios sociales u otros derechos derivados de la condición de ser víctima de violencia de género, como podría ser el caso de prestaciones económicas. Aún así, aunque no modifiquen la tutela penal, tampoco debemos encontrar situaciones en las que la víctima en función de la comunidad autónoma en la que viva reciba unas ayudas u otras, pues esto es una desigualdad para la víctima que no resida en estas comunidades.

Por último y en cuanto a la eficacia de la ley, de los datos se desprende que no ha sido lo efectiva que pretendía ser en un inicio. El número de víctimas sigue siendo elevado y ha variado a lo largo de los años, de manera que no se puede afirmar que la pequeña reducción que ha habido se debe a la creación de la ley. Sí que hay muchos intentos de concienciar a la población sobre el problema de la violencia de género en nuestro país, pues son muchas las campañas publicitarias que se emiten y esto sí podemos entenderlo como un logro de nuestro sistema. Por otro lado, creo que las medidas a nivel educacional deberían mejorar, pues yo personalmente puedo afirmar que la información que he recibido durante mi etapa educativa no ha sido suficiente.

En resumen a todo lo expuesto, aun queda mucho trabajo por hacer, siendo necesaria una mayor implicación por parte de todos los poderes público, así como cambios legislativos que permitan conseguir una mayor eficacia. El objetivo de todos nosotros debe ir encaminado a que algún día se pueda llegar a hablar de la violencia de género como algo pasado.

7. Fuentes de información

7.1. Bibliografía y artículos

ALÁEZ CORRAL, B. "El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008." *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. 2008, nº12.

ÁLVAREZ, S.: "Violencia de género y transexualidad". *Legal today.*

BARRÈRE, A.: *Igualdad y "discriminación positiva": un esbozo de análisis teórico-conceptual*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. nº9. 2003. Institut de Drets Humans de la Universitat de València.

CALVO, M.: *Análisis Jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Huelva. 2006.

CHIRINOS, S.: *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

COLL, G. *et.al*: "Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión". *Papers: revista de Sociologia*. Universitat Autònoma de Barcelona. Vol.87. 2008.

CRUZ, C.: *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales*. II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género. Granada. 2006.

ENÉRIZ, F.: "La constitucionalidad de la regulación penal de la violencia de género". *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2010, nº1.

ESPINAR, E.: "Las raíces socioculturales de la violencia de género". Escuela abierta: revista de investigación educativa. Nº 10. 2007. pp. 23-48.

LARRAURI, E. "El género de la violencia: la visión de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Revista catalana de seguretat pública*. 2006.

LAURENZO, P. "La violencia de género en la Ley integral: valoración político criminal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

LAURENZO, P.: "Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo". *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer. Vol.2. Madrid. 2008.

FERNÁNDEZ, A.; SÁNCHEZ, A.; ORTEGA, J. (et al.): *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

FUENTES, O.: "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". *Diario la Ley*. 2005. pp. 1-21. p. 13

FUENCISLA, L.: "La habitualidad del Artículo 153 del Código Penal". *Artículos doctrinales de Noticias Jurídicas*. 2000. (art)

MARCHAL, N.: *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*. Thomson Reuters. Navarra. 2010.

MAQUEDA, L.: "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 08-02. 2006.

MERINO, V.: "La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*.

MERINO, V.: *Mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Especial referencia a la violencia contra las mujeres*. Madrid. 2012.

MERINO, V.: Tratamiento Jurídico de las Demandas de Asilo por Violencia contra las Mujeres en el Ordenamiento Jurídico Español: Perspectivas y Prospectivas. Thomson Reuters. Navarra. 2012.

MONTALBÁN, I.: "Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004.

NUÑEZ, E. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Monografias 702. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

POLAINO-ORTS, M.: "La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer: comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo". *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*. 2008.

ROIG, M.:"La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso". *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXXII. Valencia. 2012.

TARDÓN, M.: "La interpretación de la análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". *Actividad del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*. Congreso General del Poder Judicial. 2009.

VILLACAMPA, C.: "El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad". *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*. 2007.

VIVES-CASES, C. *et al*.: "Distribución temporal de las denuncias y muertes por violencia de género en España en el período 1998-2006". *Revista Española de Salud Pública*. [En línea] Enero de 2008.

7.2. Jurisprudencia

STS 201/2007 de 16 de marzo [RTC 2007/201]

SAP Madrid 5128/2007 de 5 de septiembre [RTC 2007/5128]

STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008/59]

STS 469/1992 de 18 de mayo de 1992 [RTC 1992/469]

SAP Alicante 99/2007 de 2 de febrero de 2007 [RTC 2007/99]

STS 1068/2009 de 4 de noviembre de 2009 [RTC 2009/1068]

STS 510/2009 de 12 de mayo de 2009 [RTC 2009/510]

SAP Barcelona 193/2006 de 8 de febrero de 2006 [RTC 2006/193]

Auto AP Vizcaya 199/2010 de 8 de marzo de 2010 [RTC 2010/199]

7.3. Fuentes Normativas

Actividad del Observatorio: datos estadísticos. La violencia doméstica en la estadística judicial del año 2003. Violencia doméstica. Junio de 2004. Congreso General del Poder Judicial.

Actividad del Observatorio: datos estadísticos. La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2014. Congreso General del Poder Judicial.

A/CONF.177/20/Rev.1. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas.

A/RES/48/104. Declaration on the Elimination of Violence against Women, de 20 de diciembre de 1993.

Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

Circular 6/2011, de 2 de Noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Relación a la Violencia sobre la Mujer.

Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer. Comisión de estudios e informes. Madrid. 2004.

Constitución española de 1978.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la Organización de Naciones Unidas.

Datos estadísticos de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de GÉNERO. Año 2014. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Datos estadísticos de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de GÉNERO. Año 2003. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Declaración y programa de Acción de Viena de la Organización de las Naciones Unidas. 1993.

Declaración Universal de Derechos humanos de 1948.

European Union gency For Fundamental Rights (FRA). Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo. 2014.

European Union Agency For Fundamental Rights (FRA). Violence against women: an EU-wide survei. Publications Office of the European Union. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea Luxemburgo.2014.

Fiscalía General del Estado: Memoria elevada al gobierno de S.M. Fiscalía General del Estado. [En línea] 2014. Capítulo III: violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Centro de Estudios Jurídicos Ministerio de Justicia 2014.

Información estadística de violencia de género. Informe Mensual – Enero de 2015. Boletín estadístico mensual del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ley 5/2008 de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LO 1/2004 de 28 de diciembre. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Publicado en BOE de 22 de Junio de 1989

LO 11/2003. De medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

LO 14/1999, de 9 de junio. De modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO 15/2003 de 25 de noviembre. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo.

Resolución 48/104. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Resolución 1994/45. La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer.