Universidad Rey Juan Carlos

TESIS DOCTORAL

El Derecho a la Igualdad. Violencia doméstica y Violencia de género

Autora:

Tiffany-Milagros Sánchez-Cabezudo Rina

Director:

Prof. Dr. Enrique San Miguel Pérez

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

Madrid, 2021



El Derecho a la Igualdad. Violencia doméstica y Violencia de género.

Tiffany-Milagros Sánchez-Cabezudo Rina

ÍNDICE

ÍNDICE.....5

DEDICATORIA.....11

AGRADECIMIENTOS.....12

INTRODUCCIÓN.

1. Encuadre de la tesis doctoral en las disciplinas científicas..... 15

2. Planteamiento de la tesis. Justificación del tema, metodología utilizada y estructura.....15

3. Objetivos del trabajo de investigación doctoral.....19

PARTE I. Los Derechos Fundamentales, en particular, el Derecho a la Igualdad

CAPÍTULO 1: Teoría general del Derecho

1.1. Concepto de Derecho aplicable.....21

1.2. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Iusnaturalismo y Positivismo.....26

1.2.1. Iusnaturalismo.....27

1.2.2. Positivismo jurídico.....31

1.3. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española.....34

1.3.1. Concepto de Derechos Fundamentales.....36

1.3.2. ¿Es el Derecho a la Igualdad un Derecho Fundamental?.....39

1.3.3. Eficacia de los Derechos Fundamentales.....44

1.3.4. Límites a los Derechos Fundamentales.....49

1.3.5. Garantías de los Derechos Constitucionales.....52

1.4. La cláusula general de Igualdad.....61

1.4.1. La igualdad como derecho.....64

1.4.2. La igualdad ante la ley.....66

1.4.3. La igualdad en la ley.....69

1.4.4. Discriminación positiva.....72

1.4.5. La igualdad en la aplicación de la ley.....75

1.4.6. Regulación nacional y supranacional de la cláusula general de igualdad....77

1.5. Consideraciones últimas.....81

CAPÍTULO 2: La igualdad de género

2.1. Introducción.....85

2.2. Marco histórico y evolutivo de la desigualdad entre el hombre y la mujer.....86

2.3. La igualdad de género en el ámbito internacional y europeo.....92

2.3.1. Origen y evolución del término género.....92

2.3.2. La igualdad de género en la Organización de Naciones Unidas.....94

2.3.3. La igualdad de género en la Organización Internacional del Trabajo.....102

2.3.4. La igualdad de género en la Unión Europea.....108

2.4. La igualdad de género en la legislación española.....120

2.5. Consideraciones últimas.....132

PARTE II. La violencia doméstica vs la violencia de género

CAPÍTULO 3: La violencia doméstica

3.1. Concepto.....135

3.2. Evolución legislativa de la violencia doméstica.....138

3.3. Bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica.....143
3.4. Sujetos del delito de violencia doméstica.....146
3.5. Tipos delictivos.....148
3.5.1. Delito de lesiones y maltrato ocasional.....150
3.5.2. Delito de violencia familiar habitual.....157
3.5.3. Delito leve de injurias y vejaciones injustas.....162
3.5.4. Delito de amenazas.....163
3.5.5. Delito de coacciones.....165
3.5.6. Delito de acoso.....167
3.5.7. Delito de agresiones sexuales.....169
3.6. Exigencia de convivencia entre el autor y la víctima del maltrato en caso de ascendientes, descendientes o hermanos.....174
3.7. Actuaciones ante la violencia doméstica.....177
3.7.1. Respuesta sanitaria.....178
3.7.2. Respuesta policial.....179
3.7.3. Respuesta del Ministerio Fiscal.....182
3.8. La violencia contra grupos vulnerables de edad avanzada.....183
3.8.1. Introducción.....183
3.8.2. Violencia doméstica contra las personas mayores vulnerables.....188
3.8.3. Maltrato por los profesionales.....192
3.8.4. Reflexión sobre la violencia contra grupos vulnerables de edad avanzada.....195
3.9. Consideraciones últimas.....196

CAPÍTULO 4: La violencia de género

4.1. Introducción.....198

4.2. Definiciones de la violencia de género en el contexto internacional y nacional.....200

4.3. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....205

4.3.1. Contextualización.....205

4.3.2. Objeto de la Ley.....207

4.3.3. Autoría y sujeto pasivo.....209

4.3.4. Los tipos penales de la violencia de género.....214

4.3.5. Identificación de las personas del artículo 173.2 del Código Penal.....226

4.3.6. Agravación de la pena para los delitos leves.....227

4.3.7. Supuestos de agresiones mutuas.....229

4.3.8. Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género.....233

4.3.9. La declaración de la víctima de violencia de género.....243

4.3.10. Derechos de las víctimas de violencia de género.....248

4.4. Consideraciones últimas.....250

PARTE III. Incidencia de la violencia de género en España

CAPÍTULO 5: Cambios producidos por la violencia de género en España

5.1. Introducción.....255

5.2. La circunstancia agravante por razón de género.....257

5.2.1. Introducción.....257

5.2.2. Fundamento de la circunstancia agravante por razón de género.....258

5.2.3. La agravante por razón de género.....261

5.2.4. La agravante genérica de discriminación, en particular, por razón de sexo, y sus diferencias con la agravante de género.....265

5.2.5. La agravante por razón de género y la agravante por razón de parentesco.....270

5.3. La perspectiva de género.....274

5.3.1. Introducción.....274

5.3.2. Juzgar con perspectiva de género.....276

5.3.3. La perspectiva de género y el maltrato habitual.....280

5.3.4. La perspectiva de género y la alevosía.....281

5.3.5. Interpretación de las normas desde la perspectiva de género.....283

5.3.6. El lenguaje no sexista.....286

5.4. Juzgados de violencia sobre la mujer.....292

5.4.1. Introducción.....292

5.4.2. Necesidad de especialización de los operadores jurídicos que intervienen en los delitos de violencia de género y la coordinación de los órdenes civiles y penales.....293

5.4.3. Ámbito territorial y competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....295

5.4.4. Juzgados de Violencia sobre la mujer: competencia en el orden penal.....296

5.4.5. Juzgados de Violencia sobre la mujer: competencia en el orden civil.....299

5.5. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima.....302

5.5.1. Introducción.....302

5.5.2. La Directiva 212/92/UE.....303

5.5.3. Transposición de la directiva 2012/29/UE al ordenamiento jurídico español.....308

5.6. Consideraciones últimas.....319

CAPÍTULO 6: La posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

6.1. Introducción.....321

6.2. ¿Violencia de género o violencia doméstica en las parejas homosexuales?.....321

6.3. La violencia de la mujer hacia el hombre. Interpretación del artículo 153 del Código Penal.....327

6.4. Postura del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....332

6.5. Consideraciones últimas.....336

CONCLUSIONES.....339

BIBLIOGRAFÍA.....351

A mi niño mimado, amante paciente.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera empezar agradeciendo la culminación de este trabajo al codirector de esta tesis, el Profesor Dr. Enrique San Miguel Pérez. Gracias por todo lo que me has enseñado en tan poco tiempo, gracias por la paciencia, y tus grandes dotes para transmitir tus conocimientos.

Quiero expresar mi gratitud también a la Profesora Dra. Cristina Hermida del Llano, pues sin ella esto no hubiera sido posible. Profesora íntegra, con un saber estar que la ha llevado al éxito profesional, y de cuya sabiduría tengo el privilegio de poder disfrutar.

No puedo dejar de agradecer el llegar hasta aquí a mi apoyo incondicional, a mi niño mimado, amante paciente, mi amigo, mi compañero de viaje, mi gran amor, y la persona que me ha dado esa gran familia que hemos formado. Mi marido. Eres la mejor persona que conozco, gracias a tu esfuerzo y sacrificio he podido realizar este trabajo. Hemos pasado momentos muy duros, pero al final hemos llegado lejos, y espero llegar hasta el infinito y más allá a tu lado. Te amo.

Quiero dedicar este trabajo a mis dos preciosidades, el mayor regalo que me ha dado la vida, mis hijas, Rocío y Milagros. Todo lo que he hecho y haré es por vosotras, para que os sintáis orgullosas de vuestra madre, para que el día que llegue el momento de marcharme os deje un legado del que estéis orgullosas. Os quiero tanto que sin vosotras la vida no tendría sentido. Me habéis enseñado a dar todo el amor sin esperar nada a cambio. Espero que lleguéis muy lejos en vuestra vida, y que en lo que decidáis ser, seáis las mejores.

A mis padres, los que han cuidado de mí y ahora cuidan de mis hijas, porque sin vuestra ayuda no podría trabajar. Me habéis dejado la mejor herencia, los estudios y la educación. Mamá, la vida ha sido tan cruel contigo que ni siquiera al peor enemigo se lo desearía, pero al final has conseguido lo que toda madre quisiera ver de sus hijos, conseguir sus objetivos. Tu sacrificio por sacar a la familia adelante tiene tanto mérito

que si hay alguien que se merezca lo mejor, ésa eres tú. No solo eres mi madre, sino mi amiga y terapeuta.

También quiero agradecer a mi mejor amiga, madrina de mi hija, mi psicóloga en aquellos momentos tan duros, María, que ha estado ahí para todo. Te conozco desde hace tantos años que no sé exactamente desde cuándo. Gracias por tu ayuda, por tu apoyo, y por hacerme reír tanto.

A mi amigo y sacerdote, José Juan, por tus enseñanzas, por ser mi confesor.

Podría dedicar este trabajo a mucha más gente, pero creo que se lo tengo que dedicar a las personas que me han aportado algo positivo y que me han ayudado a conseguirlo, así pues, están los que tienen que estar. Gracias.

Madrid, enero de 2021.

INTRODUCCIÓN

1. Encuadre de la tesis doctoral en las disciplinas científicas

Este trabajo de investigación se enmarca dentro del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Rey Juan Carlos, dentro del Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje-Cultura y Artes, Ciencias Histórico-Jurídicas y Humanísticas y Lenguas Modernas.

Dentro de la cantidad de materias que el Derecho Penal histórico presenta, hemos elegido centrarnos en realizar un análisis de uno de los temas que más controversia ha suscitado dentro de nuestro panorama legal. Hemos optado por partir del Derecho a la Igualdad para realizar un análisis evolutivo de la igualdad entre hombres y mujeres dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para posteriormente diferenciar entre el concepto de violencia de género y violencia doméstica, estudiando los tipos penales aplicables en cada caso.

2. Planteamiento de la tesis. Justificación del tema, metodología utilizada y estructura

El estudio del Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres precisa determinar que, desde nuestros orígenes, la desigualdad entre ambos sexos ha estado siempre presente; los papeles que asumían el hombre y la mujer eran totalmente distintos, dejando a la mujer en una situación de subordinación y dependencia respecto al sexo masculino. Esta incorrecta asunción de roles ha hecho que llegue a nosotros un flujo de ideas erróneas en cuanto a la diferencia sexual entre ambos. Por ello los poderes públicos, por mandato constitucional del artículo 9.2 de la Constitución Española, son los encargados de eliminar todos aquellos obstáculos que se interponen en el camino de la igualdad, creando situaciones de derecho a favor del grupo social más perjudicado, en este caso la mujer.

Uno de los efectos que la desigualdad entre ambos sexos produce es la violencia dentro del ámbito familiar, siendo uno de estos tipos de violencia la violencia de género. Un tema que permaneció oculto durante mucho tiempo, ya que el Estado consideraba que tenía que quedar dentro de la esfera privada de las personas.

La actuación de los operadores jurídicos tanto internacionales como nacionales para conseguir una igualdad efectiva y acabar con esta situación ha permitido que hoy este escenario haya cambiado, aunque todavía queda mucho por hacer. Sin embargo, como todas las novedades legislativas, se han generado conflictos doctrinales, de tal forma que han planteado que la violencia de género no abarca todos los supuestos de hecho que dentro de las relaciones de pareja se presentan teniendo en cuenta los nuevos modelos de familia.

En este trabajo de investigación doctoral que constituye un análisis del Derecho a la Igualdad, se pretende diferenciar los conceptos de violencia de género y doméstica, así como identificar los conflictos surgidos a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[1]. Para ello, se ha dividido en tres partes: la primera parte es la llamada "Los Derechos Fundamentales, en particular, el Derecho a la igualdad"; la segunda parte se titula "La violencia doméstica vs violencia de género"; y la tercera parte es denominada "Incidencia de la violencia de género en España".

En la primera parte se realiza una exposición de la Teoría General del Derecho, profundizando en la igualdad de género de tal forma que se divide en dos capítulos. El primer capítulo se centra en dos cuestiones principales. La primera cuestión reside en determinar si el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental, ya que dentro de la Constitución Española queda fuera de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Titulo Primero, teniendo en cuenta que la igualdad es además un valor superior del ordenamiento jurídico y un principio general del Derecho. La segunda cuestión se presenta en la necesidad de entender por qué los mecanismos de protección de la mujer que generan una situación de desigualdad entre ambos sexos están permitidos, teniendo

[1] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29/12/2004. En adelante LVIG.

en cuenta que se trata de un mandato constitucional que reside en la discriminación positiva. Para abordar estas dos cuestiones, se empieza por dar un concepto al origen del todo, qué es el Derecho. Posteriormente se identifican el Iusnaturalismo y el Positivismo jurídico, y se realiza un análisis de los Derechos Fundamentales, de sus límites, de la eficacia de los mismos y de sus garantías. El capítulo finaliza con la cláusula general de igualdad, es decir, se visualiza el Derecho a la Igualdad desde distintas perspectivas: la igualdad como derecho, la igualdad ante la ley y en la ley, la discriminación positiva y la igualdad en la aplicación de la ley.

Por otro lado, en el capítulo segundo se analiza la igualdad de género, realizando un examen evolutivo de la igualdad entre hombres y mujeres en la legislación española, identificando especialmente las leyes que han supuesto un cambio fundamental en el panorama de la igualdad entre sexos. También se analiza la Igualdad de género en el ámbito Internacional y Europeo, en particular, la igualdad en la Organización de Naciones Unidas, en la Organización Internacional del Trabajo y en la Unión Europea.

La parte segunda del trabajo se centra en realizar una evaluación comparativa de la violencia doméstica y de género. En concreto, el capítulo tercero se centrará en la violencia doméstica, diferenciando el bien jurídico protegido, los sujetos del delito y las conductas antijurídicas que se pueden cometer. Y el capítulo cuarto se ocupará de la violencia de género, estudiando su evolución histórica, las distintas formas de denominarla hasta llegar a la citada LVIG, y se procederá a realizar un análisis de la misma.

Por último, dentro de la parte tercera, tenemos el capítulo quinto, que recoge los cambios jurídicos producidos por la violencia de género en España, centrándonos principalmente en la agravante por razón de género, en la perspectiva de género, en los juzgados de violencia sobre la mujer y en el estatuto de la víctima del delito. Por su parte, en el capítulo sexto se concluirá si la LVIG es o no inconstitucional, como así fue planteado ante el Tribunal Constitucional, dando nuestra perspectiva, teniendo en cuenta la exclusión que se hace de la violencia en el seno de las parejas homosexuales y de la violencia ejercida por parte de la mujer hacia el hombre.

Por lo tanto, los tres interrogantes principales que con este trabajo de investigación doctoral se intentan abordar y dar respuesta son:

I. Si la violencia de género en España no se ha adaptado al concepto que los operadores jurídicos internacionales han aportado, puesto que nuestro ordenamiento jurídico las reduce a las relaciones privadas mientras que en el ámbito internacional abarca también a las relaciones públicas.

II. Si las leyes tienen que adaptarse a la realidad social del momento en el que son creadas, según el Código Civil[2], con la entrada en vigor de la LIVG, ¿se puede considerar que la misma responde a los retos a los que actualmente se enfrenta la sociedad respecto a este fenómeno social, como es la violencia de género? Véase como las relaciones homosexuales pueden llegar a producirse situaciones de maltrato que no son consideradas violencia de género, algo que es cuestionado doctrinalmente. Por ello, para dar una respuesta que nos permita entender el motivo por el que el legislador opta por no tipificar como violencia de género estas conductas, así como responder a otras cuestiones planteadas sobre los supuestos de hecho que la ley no abarca, creemos que es fundamental proceder a un análisis de la violencia doméstica y de género.

III. La tercera cuestión planteada está íntimamente ligada a la anterior. Consiste en dar respuesta al motivo por el que el maltrato de una mujer hacia un hombre no se considera violencia de género. Esta cuestión ha provocado un conflicto sobre la inconstitucionalidad de la LIVG. Por ello, para responder a esta pregunta, se ha considerado necesario analizar el artículo 153 del Código Penal[3] y exponer las posiciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

En lo que respecta al método a utilizar es esencialmente jurídico, por lo que se ha realizado un análisis de los textos legales y de la jurisprudencia, con el necesario sustento bibliográfico, especialmente de los textos más importantes en el ámbito del

[2] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25/07/1889. En adelante Código Civil.
[3] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995. En adelante Código Penal.

Derecho Penal. El tratamiento de la violencia de género está presente en todo nuestro trabajo y, dado que es el hilo conductor del mismo, las obras más importantes en dicha materia han sido usada en todos los capítulos; si bien es cierto, que cada capítulo consta de unos contenidos específicos, se han utilizado obras especializadas en cada una de las materias a tratar.

Así pues, también se ha hecho mención a las políticas públicas que se han adoptado y a otras disposiciones necesarias para el logro y consolidación para el estricto cumplimiento del Derecho a la Igualdad y la no discriminación.

3. Objetivos del trabajo de investigación doctoral

- Definir el Derecho a la Igualdad identificándolo como valor, como principio y como derecho.

- Definir el concepto de violencia doméstica para delimitarlo del concepto de violencia de género.

- Determinar los delitos de la violencia doméstica y de la violencia de género, estableciendo así los tipos penales del Código Penal.

- Identificar los cambios que la LVIG ha producido en nuestro ordenamiento jurídico.

- Presentar los conflictos más importantes que la introducción de la violencia de género en España ha planteado.

En definitiva, con estos objetivos principales de la tesis se trata de demostrar que, pese a que la regulación actual de la violencia de género supone un avance, representa también una serie de cambios legislativos y no legislativos que han suscitado un gran conflicto en la doctrina y jurisprudencia. Se intenta además dejar constancia de la necesidad de reformas para dar soluciones a cuestiones penales y procesales no resueltas, de forma que se integre la perspectiva de género teniendo en cuenta que

existen víctimas de violencia que no son consideradas víctimas de violencia de género, pero que necesitan de una protección especial también, con el fin de adaptar la legislación a las nuevas formas de familia.

PARTE I. Los Derechos Fundamentales, en particular, el Derecho a la Igualdad

CAPÍTULO 1: Teoría general del Derecho

1.1. Concepto del Derecho aplicable

Antes de abordar el tema de los Derechos Fundamentales y la cláusula general de Igualdad, es necesario empezar por el principio, es decir, definiendo el concepto de Derecho aplicable. Se trata de un concepto bastante complejo; de hecho, la Real Academia Española presenta 25 definiciones según el sentido con el que se use, de ahí que podamos afirmar que se trata de un concepto abierto. Los principales autores de la Filosofía del Derecho han definido el Derecho de distintas formas, que vamos a pasar a identificar para posteriormente exponer lo que para nosotros es el Derecho.

Santo Tomás de Aquino nos propone un concepto de Derecho iusnaturalista, identifica el Derecho con lo justo y "consiste en una cierta obra adecuada a otra según algún modo de igualdad". Así pues, el Derecho es el conjunto de leyes que se utilizan para el bien común y son válidas cuando se adecúan a lo justo, y para que sea justo es necesario que haya una cierta igualdad en su aplicación[4].

Para Locke el Derecho se identifica cómo "lo correcto"[5], considera que el Derecho es el conjunto de leyes y normas que han sido creadas previamente por el poder legislativo y que deben actuar como barreras para limitar "el poder o dominio" que cada una de las personas pueda tener sobre los demás. En definitiva, para este autor, el Derecho es el conjunto de normas que actúan como límite en las conductas de los individuos, para que los mismos puedan vivir en armonía. Añade además Locke que los

[4] RUIZ RODRÍGUEZ, V. "Santo Tomás de Aquino en la filosofía del Derecho*"*, *Enclaves del pensamiento*, núm. 19, México D. F., 2016, pág. 18. HARGOUS, V. "El concepto de Derecho y el conocimiento de lo justo en Francesco Viola*"*, *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, núm. 27, Chía, 2018, págs. 310-343.

[5] LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 222. Para más detalles sobre esta cuestión véase a FERNÁNDEZ PEYCHAUX, D. "El concepto de Derecho en Locke", *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 13, Sevilla, 2011, págs. 26-45.

derechos son como un poder moral que altera la situación de derechos y deberes de otros, estableciendo una correlación entre los derechos y deberes de los ciudadanos, y aún siendo absoluta la obligación de ejercer un determinado Derecho ésta no siempre está presente. De ahí que el ejercicio de ciertos derechos no sea obligatorio, aun cuando se tenga el deber de respetarlos. Pero, al mismo tiempo, "la obligatoriedad permanente de ciertos deberes propios conlleva la obligatoriedad también permanente de los derechos correlacionados"[6].

Por su parte, para Immanuel Kant el Derecho es "un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad (…) si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculos frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al Derecho; por consiguiente, al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción" [7]. En otras palabras, el Derecho es un mecanismo de libertad; sin embargo, es necesario que existan normas coactivas para cuando se realizan conductas contrarias a Derecho, en cuyo caso se debe sancionar. Por ello, para este autor la noción de coacción está ligada al Derecho.

Hans Kelsen, identifica el Derecho como "órdenes coactivos que reaccionan ante un acto coactivo". Definición íntimamente ligada a la de Kant, ya que para ambos el Derecho presenta una íntima relación o una conexión entre la libertad y la coacción.

Por último, para Hart, uno de los autores más influyentes de la filosofía jurídica y representante más afamado del positivismo jurídico[8], el Derecho "son aquellas áreas de

[6] FERNÁNDEZ PEYCHAUX, D. "El concepto de Derecho en Locke", Óp. cit., págs. 29-33. Para más detalles sobre esta cuestión véase a TUCK. R, "Natural Rights Theories: Their Origin and Development", Cambridge University Press, 1981, págs. 81 y 172-176. SIMMONS, A. J. "The Lockean Theory of Rights", *Studies in Moral, Political, and Legal Philosophy*, *Princeton University Press*, *Princeton*, 1992, págs. 95-102.

[7] KANT, I. *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 39-41.

[8] HART, H. L. *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México D. F., 1980, pág. 168. Véase para más detalles sobre esta cuestión a RAZ, J. *El concepto del sistema jurídico*, Coyoacán, México D. F., 1986, pág. 199. AGUILÓ REGLA, J. "Sobre definiciones y normas", *Revista Doxa*, núm. 12, Alicante, 1990, págs. 273-283.

conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso". Se trata de un autor que define el Derecho desde una perspectiva positivista, es decir, no lo define en relación a la justicia o a ciertos valores, sino, que lo identifica como un conjunto de normas, diferenciando el Derecho de la moral[9]. Para él, el Derecho está integrado por reglas diferentes desde un punto de vista lógico, según el cual el sistema jurídico cuenta con dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias, sirviendo estas últimas como complemento necesario para subsanar aquellos defectos que las reglas primarias presentan. Las reglas primarias imponen obligaciones, y exigen que se realicen o se abstengan de realizar determinas acciones, mientras que las reglas secundarias, por su parte, otorga una serie de potestades. Dentro de las reglas secundarias, se distinguen tres grupos: las reglas de decisión, las reglas de modificación y las reglas de reconocimiento. Estas últimas son las más importantes, ya que se trata de las reglas que permiten determinar los criterios que tiene que cumplir una norma para tener validez jurídica y así puedan pertenecer al sistema jurídico.

Cabe destacar que las reglas de decisión cumplen la función de valoración de las reglas primarias, requiriéndose una decisión por parte de una autoridad para considerar que la regla primaria, con un contenido establecido de manera oficial, ha sido quebrantada[10]. Y, por su parte, las reglas de modificación permiten establecer de qué forma las reglas del sistema jurídico pueden ser modificadas o suprimidas y las nuevas reglas pueden ser puestas en vigor. Estas reglas de modificación determinan tanto la derogación de las reglas existentes como la introducción de nuevas reglas en el sistema jurídico. Estos tres tipos de reglas secundarias gozan de una interdependencia recíproca, debido a que las reglas de decisión y de modificación presuponen una regla de reconocimiento. Así pues, la teoría de la validez de la norma se ilustra en el concepto

[9] FUERTES-PLANAS ALEIX, C. "Validez, obligatoriedad, y eficacia del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 8, Madrid, 2007, pág. 133.
[10] ROJAS AMANDI, V. "El concepto de Derecho en Ronald Dworkin", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 56, núm. 246, México D. F., 2006, págs. 97-98.

de Derecho que Hart presenta por cuanto hace cumplir ciertos criterios para que la norma adquiera el carácter jurídico[11].

Visto las distintas visiones que el concepto de Derecho presenta, es importante destacar aquí que, siguiendo a Gregorio Peces–Barba, el Derecho presenta problemas terminológicos como son[12]: la ambigüedad, vaguedad y emotividad del lenguaje[13].

Es ambiguo porque puede ser entendido de diferentes maneras, y según la forma en la que se use puede tener uno u otro significado. Así, el término Derecho lo podemos usar para referirnos a derechos subjetivos, como son la vida, la integridad física, la igualdad, entre otros. También lo podemos utilizar para referirnos al conjunto de normas que integra el ordenamiento jurídico de hecho. Guastini señala que para diferenciar una u otra forma de Derecho usamos el término "Derecho objetivo" para referirnos al conjunto de normas[14]. Otras formas de usar el concepto de Derecho son como sinónimo de justicia o para referirnos a la ciencia jurídica.

El concepto de Derecho también es vago porque tiene un carácter abierto. Peces-Barba recoge que existen dos tipos de vaguedad: la vaguedad intensional y la extensional. Por un lado, tiene una vaguedad intensional, ya que no hay acuerdo de cuáles son los rasgos que debe acompañar un sistema normativo para que sea jurídico.

---

[11] *Ibídem,* págs. 101-102. Para más detalle sobre esta cuestión véase a ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del Derecho)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, Madrid, 1996, págs. 29-53. AGUDELO GIRALDO, O. "Variabilidad de la regla de reconocimiento: reglas secundarias y metalenguaje prescriptivo del Derecho", *Pensamiento Jurídico*, núm. 44, Chía, 2015, pág. 35. GARCÍA, R. "La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart", *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 8, Madrid, 2010, págs. 5 y ss. MOLINA OCHOA, A. "El papel de la coacción en la teoría de las reglas de Hart", *Ius et praxis*, vol. 17, núm. 2, Santiago de Chile, 2011, págs. 305-330. BAYÓN, J. C. "Razones y reglas. Sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz", *Revista Doxa*, núm. 10, Alicante, 1991, págs. 25-66.

[12] ANSUÁTIGUI ROIG, F. J. "El concepto de Derecho", en *Curso de teoría del Derecho,* por Gregorio PECES-BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASÍS, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 20. Véase a ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Tres *lecciones de de teoría del Derecho,* Club universitario, Madrid, 2000, pág. 61.

[13] SEGURA ORTEGA, M. "Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho*", Dereito*, vol. 22, núm. 673-683, Bogotá, 2013, pág. 2. En relación con la indeterminación del Derecho, véase a REDONDO, M. "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", *Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 20, Alicante, 1997, págs. 177-196.

[14] GUASTINI, R. *La Sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 29. DELGADO MANTEIGA, S. "El punto de vista de la teoría del Derecho", *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, núm. 19, Montevideo, 2019, págs. 143-155.

Por otra parte, tiene una vaguedad extensional, porque no hay certeza sobre el ámbito de aplicación de tal término.

Y, por último, el concepto de Derecho es emotivo, ya que el empleo de tal concepto provoca reacciones en nuestros interlocutores, ya sean de de aceptación o rechazo, y al mismo tiempo podemos estar expresando concepciones o puntos de vista personales, dando lugar a reacciones de adhesión o de rechazo en aquellas personas que participan en el discurso[15].

Desde nuestra perspectiva, el Derecho está asociado a la idea de rectitud y de justicia; así, se trata de un conjunto de normas que pretende poner límites a la libertad de las personas imponiendo sanciones cuando se realizan conductas que perjudican los derechos de los demás, es decir, cuando se realizan actos contrarios a Derecho. Se trata, así, de una visión más positivista que iusnaturalista; sin embargo, no podemos de dejar de reafirmar el planteamiento de Santo Tomás de Aquino, pues el Derecho tiene que ser usado para el bien común, siendo algo bueno para las personas siempre que se trate de leyes justas, esto es, que se trate de leyes que cumplan con el principio de igualdad, es decir, leyes que se apliquen e interpreten por igual a todas las personas; a salvo queda la discriminación positiva que, como se verá más adelante, presenta nuestro ordenamiento constitucional.

El Derecho presenta además una serie de características. Así, se trata de un fenómeno humano, con un carácter histórico y una naturaleza normativa. Es un fenómeno humano porque ha sido creado por el ser humano y regula comportamientos humanos, es decir, regula las diferentes conductas de la vida humana. Tiene un carácter histórico, ya que ha ido evolucionando según ha ido pasando el tiempo, respondiendo a las necesidades que según las circunstancias sociales de cada momento histórico se presentaban. Y, por último, el Derecho presenta una naturaleza normativa; esto es así porque se trata de un conjunto de normas a las cuales el ser humano debe ajustarse[16].

[15] ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. "*Concepto de* Derecho", en *Curso de teoría del Derecho,* Óp. cit., pág. 23.
[16] *Ibídem*, pág.18.

Tras esta exposición del concepto de Derecho aplicable y de sus problemas terminológicos, es hora de abordar la diferencia que existe entre los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos desde la perspectiva del Iusnaturalismo y del Positivismo jurídico, para luego centrarnos en el Derecho a la Igualdad.

1.2. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Iusnaturalismo y Positivismo

A lo largo de la historia se ha producido un debate sobre la fundamentación de los Derechos Humanos. Hay que tener claro que existe una diferenciación clara entre los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, ya que no son exactamente lo mismo. Sin embargo, los Derechos Fundamentales tienen su referencia en los Derechos Humanos. Así, podemos afirmar que los Derechos Humanos no son necesariamente Derechos Fundamentales, pero los Derechos Fundamentales sí son Derechos Humanos[17]. De este debate sobre la fundamentación y construcción de los Derechos Humanos se han derivado dos corrientes doctrinales: el Iusnaturalismo y el Positivismo jurídico.

La polémica surgida entre estas dos corrientes es una controversia de carácter filosófico, que tal como señala Rodríguez Gallón, es por este motivo por el que los romanos no avanzaron mucho sobre este tema, y solo había sido tratado por ciertos autores, como Cicerón. Se trata, así, de un debate cuyo origen se encuentra en Grecia, en donde se diseñó la teoría del Derecho natural[18].

Así, antes de entrar en el análisis profundo de estas dos corrientes, podemos sintetizar que el Iusnaturalismo sostiene que el origen de los Derechos Humanos no reside en la Ley positiva, sino que parte de una naturaleza superior, es decir, el Derecho

[17] VV.AA. *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 3. BOBBIO, N. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, 2018, págs. 81-208. MOLINO OCHOA, A. "La intrascendencia del debate entre el positivismo y Iusnaturalismo; las normas de ius cogens", *Estudios socio jurídicos*, Bogotá, 2009, págs. 231-251. Véase también a ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J. "Dejemos atrás el positivismo", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 27, México D. F., 2007.

[18] Véase para conocer más sobre el Iusnaturalismo y el Positivismo en la Roma clásica a RODRÍGUEZ GALLÓN, V. "Positivismo y Iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 57, Bogotá, 1982, págs. 211-218.

natural, que la naturaleza le da a los seres humanos por el hecho mismo de serlo. Mientras que, en su contraste, el Positivismo afirma que el Derecho verdadero y único es el que se encuentra en el ordenamiento jurídico.

1.2.1. Iusnaturalismo

Tal y como ya adelantábamos, el Iusnaturalismo es una corriente que defiende que existe un Derecho distinto al Derecho positivo, un Derecho que es anterior y superior a éste, y que en caso de que entre en conflicto el Derecho natural y el Derecho positivo prevalece aquél frente a éste. Se trata por tanto de normas de conducta que son distintas a las que se crean por el Estado[19]. González Hinojosa advierte de que se trata de una teoría que se desprende de la influencia del racionalismo cartesiano y de las revoluciones científicas de Galileo y Newton[20].

A nuestro entender, esta discusión filosófica tiene un origen más remoto de lo que realmente pensamos, se encuentra en el debate que mantenían Sócrates y los Sofistas, donde se contraponía las posiciones de ambos. Sócrates defendía la naturaleza, que todo venía establecido por un orden determinado procedente de la naturaleza, la *physis*, mientras que los sofistas señalaban que ese orden venía establecido por los hombres.

Para la corriente Iusnaturalista existe una serie de principios ético jurídicos universales, que proceden de una naturaleza divina o racional. El hombre puede conocer estos principios a través de la razón y le tienen que servir como criterio de justicia a la hora de crear las leyes. El Derecho natural permite determinar qué normas humanas son justas y cuáles no, y como señala Hobbes, se permite conocer cuáles son las normas que se deben obedecer y cuáles no. Para los Iusnaturalista, el Derecho no cambia como ocurre para la corriente Positivista, donde el Derecho se debe adaptar a las

[19] FASSÓ, G. "Iusnaturalismo", *Diccionario de Política*, Madrid: Siglo XXI editores, Madrid, 1991, págs. 836-837.

[20] GONZÁLEZ HINOJOSA, R. "Hacia una fundamentación ontológica de los Derechos Humanos a través del Iusnaturalismo", *Ciencia ergo sum*, vol. 9, núm. 2, México D. F., 2002, pág. 5. Véase también a FARREL, M. "¿Discusión entre el Derecho natural y el Positivismo jurídico?", *Revista Doxa*, núm. 21, Alicante, 1998, pág. 121.

circunstancias concretas del tiempo y lugar donde se desarrolle[21]. Así pues, el Iusnaturalismo es dualista mientras que el Positivismo es monista; esto es así porque el Iusnaturalismo considera que existen dos sistemas jurídicos: el Derecho natural y el Derecho positivo, aunque tal como ya hemos afirmado, no se encuentran en el mismo rango, sino que están jerarquizados. Por el contrario, el positivismo es monista porque solo considera como único Derecho existente el que está escrito y creado atendiendo a ciertas circunstancias concretas de tiempo y lugar[22].

Como decimos, el Iusnaturalismo defiende que el Derecho natural es superior al Derecho positivo; ello obedece a que se trata de normas que derivan de la propia naturaleza humana, y que por ello mismo, son universales e inmutables. Así, lo que es universal e inmutable prevalece sobre algo particular o convencional. Dicho de otra forma, si el Iusnaturalismo entiende que se trata de leyes que ya vienen impuestas por la propia naturaleza humana existen per se[23], con independencia de la voluntad del hombre y de su fuerza; es evidente que debe prevalecer sobre aquel Derecho que va cambiando según el momento histórico en el que nos encontremos[24].

El problema que presenta el Iusnaturalismo es el determinar qué establece ese orden transcendente que decide qué es lo justo y lo injusto. Están aquellos que apelan a Dios, o los que apelan a la naturaleza o la razón. Por ello mismo, según señala Marcone, el Iusnaturalismo puede ser mucho más peligroso que el Positivismo, ya que en caso de que ambos constituyan el fundamento de un orden injusto, si el fundamento de ese pacto es positivista, los sujetos sabrán que han sido ellos los que lo han realizado y que de nadie más depende, y por lo tanto no habrá ningún impedimento en cambiarlo. De lo contrario, si el fundamento de ese pacto es iusnaturalista, los individuos no podrán

[21] FELIPE HERNÁNDEZ, J. "Iusnaturalismo de Thomas Hobbes", *Criterio jurídico*, vol. 10, núm. 1, Cali, 2010, págs. 35-58.
[22] BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México D. F., 1965, págs. 67 y ss.
[23] MARCONE, J. "Hobbes: entre el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo", *Andamios*, vol. 1, núm. 2, México D. F., 2010, pág. 7. Véase a PASSERIN, E. *La noción de Estado*, Centro de estudios universitarios, Madrid, 1970, pág. 25.
[24] SAUCA CANO, J. M. "Concepto de Derecho", en *Curso de teoría del Derecho*, Óp. cit., pág. 297. Véase a ESCUDERO ALDAY, R. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, págs. 55-56. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 14.

encontrar al responsable y tendrán un gran impedimento moral para realizar los cambios precisos, ya que es algo que viene preestablecido por algo superior[25].

Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial nació una nueva corriente del Iusnaturalismo, denominada Iusnaturalismo deontológico. Si el Iusnaturalismo ontológico defendía que existía un Derecho natural superior al Derecho positivo, y por lo tanto se trataba de una tesis dualista, el Iusnaturalismo deontológico por su parte mantiene una tesis monista, donde el Derecho natural es el "deber ser" del Derecho positivo y ese Derecho positivo debe encaminarse al Derecho natural, no negándole validez jurídica. Dorado Porras afirma que el Iusnaturalismo ontológico señala que el Derecho natural es el ser del Derecho, de tal forma que para que sea Derecho positivo tiene que estar de acuerdo con el Derecho natural, ya que en caso contrario no sería Derecho. El Iusnaturalismo deontológico es el deber ser del Derecho positivo para ser Derecho justo, no condicionando la validez de la norma[26].

En resumen, la corriente Iusnaturalista ontológica o tradicional presenta como rasgos:

1. Defiende la existencia de un Derecho natural distinto al Derecho positivo. Tiene su origen en la naturaleza y es inmutable.

2. Su contenido expresa la verdadera Justicia y el verdadero Derecho, constituido por valores, principios y normas universales válidas para todos los momentos de la historia.

3. El Derecho natural es el auténtico Derecho, y mantiene la postura de que existe un Derecho natural superior al Derecho positivo, que para que este Derecho positivo sea válido es necesario que esté de acuerdo con el Derecho natural.

[25] MARCONE, J. *Hobbes: entre el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo,* Óp. cit., pág. 7.
[26] DORADO PORRAS, J. "Iusnaturalismo y Positivismo jurídico", en *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 33, Madrid, Dykinson. 2004, pág. 53. Véase también a RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 38.

4. Y se trata de un Derecho natural porque sus contenidos vienen derivados de la naturaleza humana. De tal forma el Derecho positivo es antinatural cuando no recoge las exigencias del Derecho natural.

Por su parte, el Iusnaturalismo deontológico contempla los rasgos similares a los anteriores, con ciertas especialidades como son: defiende esta corriente o también llamada sub corriente del Iusnaturalismo tradicional, que el Derecho positivo es el único Derecho; además, el absolutismo moral del Iusnaturalismo ontológico es sustituido por un objetivismo moral. Este objetivismo moral tiene en cuenta los cambios sociales y la historia.

Es importante destacar los argumentos contra la calificación del Derecho natural como Derecho que ha realizado Norberto Bobbio;

1. "El Derecho natural es un Derecho con el mismo título que el Derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia.

2. El Derecho natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad.

3. El Derecho positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho natural"[27].

Por último, cabe señalar que, siguiendo a Carrillo de la Rosa, a nuestro entender, no es posible admitir que existen dos órdenes normativos diferenciados, el Derecho natural y el Derecho positivo, sino que "el parámetro de validez del Derecho positivo lo constituye el marco que propone la constitución política en los sistemas jurídicos constitucionalizados"[28].

[27] BOBBIO, N. "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en *Crítica del Derecho natural*, Óp. cit., págs. 236-237.
[28] CARRILLO DE LA ROSA, Y. *La validez jurídica en el Iusnaturalismo y positivismo jurídico,* Óp. cit., pág. 91. Véase también a SORIANO, R. *Compendio de teoría general del Derecho,* Óp. cit., pág. 94.

1.2.2. Positivismo jurídico

No existe una definición única de la palabra "Positivismo", siendo su significado distinto dependiendo del autor que la utilice[29]. La expresión "Positivismo" designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, y aparece como un proceso histórico que cuenta con una serie de hitos. Su precedente se encuentra en la compilación de Justiniano y el pensamiento de Hobbes sobre el Derecho.

Los defensores de la corriente Positivista mantienen que se trata de un Derecho considerado como un conjunto de normas que están impuestas por los seres humanos, a diferencia de la ya comentada corriente Iusnaturalista[30], que señala que ese conjunto de normas vienen impuestas por la propia naturaleza. Así, el Derecho verdadero son aquellas leyes que ha creado el Estado, como único órgano que tiene la facultad para hacerlo.

Siguiendo a Bobbio[31], el Positivismo, por un lado, representa el esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia, el estudio del Derecho debe ser realizado concibiéndolo como un hecho y no como un valor; el juicio de valor excedería del ámbito de la ciencia jurídica. Para el Positivismo jurídico son normas jurídicas aquellas que se producen en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico. Por otro lado, el Positivismo jurídico supone una determinada teoría del Derecho que partiría de seis concepciones fundamentales: la teoría coactiva del Derecho, la teoría legislativa del Derecho, la teoría imperativa del Derecho, la teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico, la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico y la teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho. Las tres primeras para Bobbio constituyen los pilares de dicha teoría, mientras que las tres últimas tienen únicamente una importancia secundaria, por lo que es posible diferenciar entre Positivismo jurídico en sentido amplio y en sentido estricto, que serían las tres últimas.

---

[29] SCHMILL ORDÓÑEZ, U. "El Positivismo jurídico*"*, *Revista de la facultad de México*, vol. 53, núm. 240, 2003, México D. F., pág. 134.
[30] GARCÍA MÁYNEZ, E. *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D. F., 1999, pág. 60.
[31] BOBBIO, N. *El Positivismo jurídico*, Óp. cit., 1993, pág. 43.

En opinión de Bobbio[32], el Positivismo jurídico no ha conseguido adoptar una posición neutral frente al Derecho, ya que contiene una determinada pretensión sobre cómo debe ser éste. Esta ideología podrá describirse en el postulado de la existencia de un deber absoluto e incondicional de obedecer a la ley en cuanto tal, que es expresión de lo que Bobbio denomina Positivismo ético. Distingue[33] así entre la versión fuerte y débil del Positivismo ético. La versión fuerte se caracteriza por el postulado de la obediencia incondicional al Derecho, y la débil afirma que el Derecho ya de por sí posee un determinado valor, el del orden, independientemente del de justicia[34].

Por su parte, Hobbes presenta el Positivismo como un conjunto de normas que son dictadas por el poder soberano. Estas normas son válidas por el simple hecho de que han sido creadas por ese poder soberano, no por la naturaleza. Así, el Positivismo jurídico son las normas que emanan de un Estado y que mantienen su validez, no por valores éticos o trascendentales, sino por el hecho de que emanan de un Estado. Para el Positivismo, el Derecho no persigue ningún fin inmanente, está históricamente determinado por el tiempo y el espacio de cada formación estatal, de cada momento político; por ello no es inmutable como pretende el Iusnaturalismo, sino mutable, cambiante y contingente.

Es importante destacar el pensamiento de Kelsen, porque es uno de los principales autores de esta corriente. Para este autor, el Derecho es un conjunto de normas que pertenecen a la categoría del deber ser, se trata de un concepto autónomo y considera que toda norma encuentra su criterio de pertenencia en otra norma superior, salvo la norma fundamental, es decir, toda norma se apoya en otra superior de la que extrae su validez y que determina el contenido de la inferior[35]. De este autor nace la "pirámide de

---

[32] *Ibídem,* págs. 35-43. Véase también a GONZÁLEZ LOSANO, M. "Norberto Bobbio y el Positivismo jurídico*"*, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17, Madrid, 2007, págs. 17-44.

[33] MARÍA SAUCA, J. M. *Curso de teoría del Derecho*, Óp. cit., pág. 314.

[34] BOBBIO, N. *El Positivismo jurídico*, Óp. cit., págs. 35-43. Véase a VEGA GARCÍA, P. "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, 1998, págs. 65-87. Véase a PRIETO SANCHÍS, L. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Revista Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000, págs. 161-195.

[35] BELLOSO MARTÍN, N. *Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo*. *El Positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto,* Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pág. 785.

Kelsen" donde en el vértice se encuentra la Constitución, la Norma Fundamental. Así, el Derecho se contiene en diferentes instrumentos, desde las leyes hasta las sentencias, pasando por los reglamentos y sus actos de aplicación. Según este autor, no existe el Estado como entidad distinta del Derecho, ya que el Estado no es más que la personalización del orden jurídico, pues se trata de un orden coactivo de la conducta humana, que es el orden jurídico. Kelsen defiende la desaparición del Derecho objetivo y subjetivo, pues el Derecho subjetivo es el mismo que el Derecho objetivo.

En síntesis, el Positivismo jurídico[36] concibe al Derecho como un conjunto de imperativos que forman un ordenamiento unitario, coherente y pleno, maneja un criterio de validez normativa, y defiende la inexistencia de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, así como un método jurídico tradicional, ya que concibe la interpretación jurídica como una tarea mecánica[37].

Estas teorías han servido para establecer que los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos pero los Derechos Humanos no son Derechos Fundamentales. Así pues, los Derechos Humanos son anteriores a la Constitución y al ordenamiento jurídico, existiendo en la medida y con los límites que establece el ordenamiento jurídico, pero la naturaleza de los Derechos Fundamentales se adquiere, según entendemos, por su positivización.

A la hora de abordar esta investigación doctrinal ha de adoptarse una óptica positivista, ya que el Derecho verdadero y válido es aquel que viene impuesto por el Estado, porque las normas van cambiando o deben de ir cambiando según el momento en el que nos encontremos. De hecho, si hacemos un repaso histórico, existen leyes que irían en contra de la propia naturaleza del ser humano, y que han sido consideradas justas en un momento de la historia, y sin embargo, debido a los avances sociales y al desarrollo de nuevas formas de pensamiento, esas leyes han cambiado y hoy día ni nos imaginamos que pudieran ser aplicadas. También el hecho de que se apliquen leyes justas o injustas procede del ser humano, es decir, de la persona o personas que en ese

[36] CAMBELL, T. "El sentido del Positivismo jurídico (III)", *Revista Doxa*, núm. 25, Alicante, 2004, pág. 5.

momento se encuentren en el poder; por ejemplo, hay países actualmente que castigan con la pena de muerte el que una mujer casada mantenga relaciones con un hombre distinto a su marido.

Si entendiéramos que las leyes vienen impuestas por la propia naturaleza, y que son inmutables, entonces no podrían ser modificadas, ni se adaptarían a la realidad social del momento en el que son aplicadas. Partiendo de esta concepción, existiría un Derecho natural, superior al Derecho positivo, ya que sería aceptar que un ser superior ha creado el Derecho natural pero no sabríamos decir quién es ese ser superior encargado de ello.

Vamos a pasar ahora a hablar de cuáles son los Derechos Fundamentales que nuestra Constitución Española reconoce, centrándonos en el Derecho a la Igualdad, para resolver la cuestión de si se trata o no de un Derecho Fundamental. Lo que sí sabemos es que el Derecho a la Igualdad es un Derecho Humano.

1.3. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española

Dentro de la mayoría de las Constituciones democráticas, como ocurre con la nuestra, se distingue un doble contenido: por un lado, la parte orgánica y por otro la parte dogmatica. Dentro de la parte orgánica se encuentra la estructura y funcionamiento del Estado y las relaciones con los ciudadanos, mientras que dentro de la parte dogmática encontramos los Derechos de las personas. Así, tenemos que el Titulo Preliminar y el Titulo Primero de la Constitución Española[38] se ubican dentro de esa parte dogmática, y a partir del Titulo Segundo hasta el Titulo Diez se encuentra en la parte orgánica. De esta forma los Derechos Fundamentales[39], que se encuentran dentro de la parte dogmática, existen en un Estado Social y Democrático de Derecho, a partir

[38] Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978. En adelante Constitución Española.

[39] Para más detalles sobre esta cuestión véase a CRUZ VILLALÓN, P. "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989, págs. 35-62. Véase también a VIRGILIO CAMPOS, P. *Lecciones de Derecho constitucional II*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2018, págs. 387-443. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. "El régimen parlamentario y sus enemigos (reflexiones sobre, el caso español)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, Madrid, 1996, págs. 39-56. GARRORENA MORALES, A. *Reserva de Ley*, Enciclopedia jurídica Civitas, Madrid, 1995, págs. 5865-5866.

del reconocimiento y eficacia de los derechos de las personas; así, podemos afirmar que Democracia y Derechos Fundamentales son dos conceptos íntimamente unidos[40].

Dentro del Título Primero[41] se presenta la declaración de derechos del ordenamiento jurídico español, reconociendo una parte de esos derechos como Fundamentales. Y así se señala que los Derechos Fundamentales tienen una doble naturaleza: por un lado, tienen una finalidad que se ha denominado axiológica, ya que, como dice el Tribunal Constitucional "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde en el Estado social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho según la fórmula de nuestra Constitución"[42]. Por otro lado, la segunda naturaleza que presentan los Derechos Fundamentales es una naturaleza subjetiva, de tal forma que siguiendo la misma sentencia del Tribunal Constitucional, dice que "son derechos subjetivos los derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia"[43].

La primera clasificación que nos da la Constitución Española es la relativa a la garantía de los Derechos. Podemos afirmar que existen tres niveles de garantía:

a. Primer nivel, aquellos que gozan de una protección exclusiva, y son los Derechos Fundamentales, junto con el artículo 14, tiene un sistema de protección compleja y reforzada de garantías, previsto en el artículo 53.2 Constitución Española.

b. Segundo nivel, que son aquellos que poseen un sistema de protección que puede denominarse ordinario, y son los derecho y deberes de los ciudadanos, recogidos en el Capítulo I Sección Segunda del Capítulo II.

---

[40] LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 141-143. Véase también a SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*, Óp. cit., págs. 9-28.

[41] VV. AA. *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. *Óp. cit.*, pág. 30. Véase también a MARTÍNEZ MORÁN, N. "Teoría del Derecho", Óp. cit., págs. 199-296. LORCA NAVARRETE, J. F. *"*Los Derechos naturales como Derechos Fundamentales*", La Ley*, Madrid, 1989, págs. 909-914.

[42] STC 25/1981, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 5.

[43] *Ibídem*.

c. El tercer nivel son los principios rectores de la política económica y social, recogidos en el Capítulo III. Al tratarse de principios su sistema de protección es distinto al de los derechos, tal como señala Pérez Tremps, en cuanto principios, que poseen la protección general de toda la Constitución, en la medida en que se concretan posteriormente en derechos subjetivos por normas infra constitucionales que cuentan con la protección que el ordenamiento otorgue en cada caso[44].

Así, teniendo en cuenta esto, vamos a proceder a realizar una aproximación al concepto de Derechos Fundamentales.

1.3.1. Concepto de Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales se caracterizan especialmente por su importancia material, ya que son los derechos más importantes del ciudadano, y que afectan especialmente a ciertos ámbitos vitales del individuo[45] constituyendo así su status jurídico. Forman parte del núcleo principal de la Constitución Española siendo los "componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política"[46], tal como señala el Tribunal Constitucional.

Así, realizada una aproximación al concepto de Derechos Fundamentales, es necesario destacar la posición que éstos ocupan en nuestra Constitución. La Constitución Española se divide en 10 títulos. El Título Primero, denominado "Derechos

[44] VV. AA. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 149. SERRANO MORENO. J. L. "La clasificación de los Derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de Derechos Fundamentales: STC 160/1987, de 27 de octubre. Persona y Derecho", *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 54, Navarra, 2006. Ejemplar dedicado a: *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I*, págs. 275-304. También se aplica tres niveles de garantía de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea para más detalle sobre esta cuestión véase a MUÑOZ MACHADO, S. "Los tres niveles de garantías de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, Granada, 2015, págs. 195-230.

[45] SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*, Óp. cit., pág. 11.

[46] STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 4.

y deberes Fundamentales", tiene un enunciado sencillo; sin embargo, su estructura es algo más compleja. Este Título se divide a su vez en cinco Capítulos, cuyo pórtico de entrada es el artículo 10.1 de la Constitución Española[47]. En dicho artículo se recoge la dignidad de la persona en la que se fundamenta el orden público y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 de la Constitución Española y que se materializan en los Derechos Fundamentales del Título I[48]. El artículo 10.1 implica, según el Tribunal Constitucional, "valor espiritual y moral inherente a la persona"[49], la dignidad debe de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación personal de cada individuo. Se trata de un núcleo esencial que los poderes públicos no pueden sobrepasar[50].

---

[47] VV. AA. "El sistema de los Derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española", en *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, vol. 2, Madrid, 2016, págs. 33-87. Véase para más detalles sobre esta cuestión a PECES-BARBA, G. "Derechos Fundamentales", *Novísimo Digesto*, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10462/?sequence=1. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 27-39. PAREJO ALFONSO, L. "Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho", *Justicia Administrativa*, núm. 21, Madrid, 2003, págs. 5 y ss. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. "El Derecho de los Derechos Fundamentales y su estudio científico y filosófico", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 2, Madrid, 1973, págs. 67 y ss. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. "Reflexiones sobre la teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, Madrid, 1979, págs. 39 y ss. PÉREZ LUÑO, A. "El sistema de los Derechos Fundamentales", en *La Constitución a examen; un estudio académico 25 años después* por Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 367-398.

[48] STC 181/2000, de 29 de junio, Fundamento Jurídico 9.

[49] STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 8.

[50] Véase CASTILLO CORDOVA, L. "Derechos Fundamentales y procesos constitucionales", en *Teoría general de los Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2020, págs. 55-91. VALVIDARES SUÁREZ, M. "Teoría general de los Derechos Fundamentales; repertorio bibliográfico", UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, 2007, págs. 729-810. ÁLVAREZ CONDE, E. "El sistema constitucional español de Derechos Fundamentales", *Cortes: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 15, Valencia, 2004, págs. 115 y ss. AÑÓN ROIG, M. J. "Derechos Fundamentales y Estado constitucional", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, Valencia, 2002, págs.25 y ss. ASÍS ROIG, R. F. "Derechos y fuerzas: doce problemas de los Derechos Fundamentales", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, Madrid, 1993, págs. 111 y ss. BENEYTO PÉREZ, J. "Los Derechos individuales", *Revista de Derecho Político*, núm. 20, Madrid, 1983-1984, págs. 163. BRAGE CAMAZANO, J. "Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EE.UU", *Revista de estudios políticos*, núm. 123, 2004, págs. 271 y ss. GAVARA DE CARA, J. C. "Los Derechos Fundamentales", en *Desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV Aniversario (1978-2003)*, J. M. Bosch, *Instituto de ciencias políticas y sociales*, Madrid, 2004, págs. 32-36. PALOMEQUE FERNÁNDEZ, M. "De los Derechos y deberes fundamentales", en *Procedimiento administrativo y servicios de bienestar social* por Miguel TIENDA RUI, Ineprodes, Madrid, 2004, págs. 47 y ss.

Si la Constitución Española no estableciera que derechos son inherentes a la persona, y que derechos implican el reconocimiento constitucional de la dignidad humana, habría que extraerlo del artículo 10.1 de dicho texto constitucional. Si bien el Título I recoge un catálogo de derechos de la persona, ha de entenderse que en él se hayan referenciados tales derechos, "y no en abstracto sino en el concreto ámbito de cada uno de ellos"[51]. Por esto mismo, se produce una estrecha y recíproca relación entre los derechos de las personas y la dignidad humana. Es necesario destacar cómo el Tribunal Constitucional recoge que los Derechos Fundamentales son derechos que se protegen a través del recurso de amparo, y para comprobar si ha habido una vulneración de los mismos se debe de tener en cuenta las exigencias que derivan de la dignidad de la persona de cada derecho en concreto[52].

No todo el Titulo I de la Constitución reconoce Derechos Fundamentales, pues a lo largo del mismo encontramos tanto derechos y libertades como libertades públicas, diversas denominaciones, que se han trasladado a la doctrina y a los Convenios Internacionales, denominándose Derechos Humanos o Derechos del Hombre. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, el concepto de Derechos Fundamentales resulta el más adecuado, pues sirve para manifestar que se trata de derechos especiales frente a los demás derechos que tienen una naturaleza ordinaria[53]. Ahora bien, no todos los derechos que el Titulo I recoge son Derechos Fundamentales, pues solo los derechos de los artículos 15-29 son los auténticos Derechos Fundamentales, teniendo éstos una mayor garantía de protección frente a los demás derechos subjetivos del hombre[54].

Sin embargo, para Pérez Tremps, los derechos de los artículos 30-38 (Capítulo II del título I) de la Constitución Española son también Derechos Fundamentales, la cuestión es que tiene un carácter nominalista siempre y cuando se tenga presente que el estatus jurídico de los derechos reconocidos en la Sección Primera está mucho más reforzado

[51] STC 120/1990, de 27 de junio, Fundamento Jurídico 4.
[52] *Ibídem*.
[53] LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho constitucional*, Óp. cit., pág. 144. En la misma línea tenemos a DÍEZ-PICAZO, L. *La idea de los Derechos Fundamentales en la Constitución española*, Óp. cit., págs. 391-410.
[54] LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho constitucional*, Óp. cit., pág. 144.

que el de los de la Sección Segunda, aunque obviamente gozan de todas las características derivadas de su ubicación constitucional[55].

En conclusión, desde nuestra perspectiva, los Derechos Fundamentales son aquellos derechos inherentes a las personas que gozan de una protección especial, dado que podrán ser tutelados a través de un proceso preferente y sumario, y a través del recurso de amparo, y que la Constitución Española señala que se trata de los recogidos en los artículos 15-29 del citado texto fundamental, derechos que son inherentes al individuo y que gozan de un núcleo esencial al que el legislador no puede acceder. Además, tales Derechos Fundamentales gozan de una protección totalmente distinta a la que gozarían el resto de derechos de los ciudadanos; nada más hay que acudir al artículo 53 de la Constitución Española y se puede observar cómo los derechos recogidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, además del artículo 14 y la objeción de conciencia, pueden ser tutelados a través de un recurso de amparo y a través de un proceso ordinario preferente y sumario, algo que no ocurre con el resto de derechos que la Constitución enumera.

Ahora bien, la cuestión siguiente que se nos presenta es afirmar si el Derecho a la Igualdad, fundamento de todo nuestro trabajo de investigación doctoral, regulado en el artículo 14 de la Constitución, es un Derecho Fundamental o no, ya que se trata de un derecho que queda fuera de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, esto es, fuera de los denominados Derechos Fundamentales y, sin embargo, es además un principio y un valor superior del ordenamiento jurídico.

1.3.2. ¿Es el Derecho a la Igualdad un Derecho Fundamental?

Para responder a la cuestión de si el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental, merece en primer lugar destacar cómo se llega a la actual redacción del artículo 14 de la Constitución. Durante nuestro proceso constituyente no hubo mucha

[55] PÉREZ TREMPS, P. "La cláusula general de igualdad", en *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 142-144. DURANGO ÁLVAREZ, G. "El concepto de los Derechos Fundamentales en la teoría haber masiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez", *Revista de Derecho,* núm. 33, Barranquilla, 2010, págs. 247-271. DE OTTO, I. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1987, pág. 20.

controversia sobre tal precepto, a pesar de las diversas ideologías políticas que estaban siendo representadas por los "padres de la Constitución".

En un primer momento, en el Anteproyecto de la Constitución dicho precepto recogía que "todos los españoles son iguales ante la ley, sin discriminación (...)", pero el senador Camilo José Cela Trulok[56] presentó una enmienda al Anteproyecto que decía que "que en ningún caso pueda prevalecer ningún tipo de discriminación" y tal enmienda dio lugar al actual artículo 14 del citado texto legal. La diferencia entre el precepto presentado en un primer momento en el Anteproyecto Constitucional y el definitivo, siguiendo a Gálvez Muñoz[57], no es meramente gramatical, sino que en la redacción final del precepto se le dota de una mayor prohibición de discriminación, reconociéndose no solo la igualdad ante la ley sino la igualdad en la ley.

Así pues, íntimamente ligado a lo anterior, tenemos las manifestaciones que el Derecho a la Igualdad presenta, que son[58] como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio y como Derecho Fundamental. Como valor superior del ordenamiento jurídico se considera, siguiendo a Figueroa Bello[59], que conforma un todo, junto con los otros valores superiores como son la libertad, el pluralismo político y

[56] CELA TRULOK, C. J. "Diario de Sesiones del Senado", *Comisión Constitucional*, núm. 43, Madrid, 1978, pág. 1799. Véase el Derecho a la Igualdad en la Constitución de Cádiz en RICOY CASAS, R. "Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz", *UNED. Revista de Derecho Público*, Madrid, 2011, págs. 459-485. Para más detalles sobre la historia de la Constitución Española véase a MARTÍNEZ CUADRADO, M. "La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español", en *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, Mezquita, Madrid, 1982, págs. 1-50. LÓPEZ CHOROS, S. y SANCHÍS VIDAL, A. "Derecho y principio de igualdad", *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinares: VI Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género*", Sevilla, 30 de junio y 1 de julio de 2016, págs. 396-407.

[57] GÁLVEZ MUÑOZ, L. "Sinopsis al artículo 14 Constitución Española*", Página web del Congreso de los diputados*, Óp. cit., pág. 1.

[58] FREIXES SANJUÁN, T. Y REMOTTI CARBONELL, J. C. "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, Madrid, 1992, págs. 97-100. Véase para más detalles sobre esta cuestión SUAY-RINCÓN, J. "El principio de igualdad en la justicia constitucional", *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1985, pág. 152. En esta misma postura tenemos a MARTÍNEZ-GARCÍA, J. I. "Justicia e igualdad en Luhmann", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Madrid, 1987, pág. 42.

[59] FIGEROA BELLO, A. "Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, Coyoacán, 2012, pág. 128. Como valores superiores véase para más detalles sobre esta cuestión a PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 74-114.

la justicia. Por su parte, Suárez Pertierra[60] matiza que el Derecho a la igualdad debe ser considerado no solo como valor superior del ordenamiento constitucional, sino como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado español, entendiéndose además como una condición ideal de la vida social que deberá perseguirse por parte de los poderes públicos, como recoge Figueruelo Burrieza[61]. Los valores superiores del ordenamiento jurídico representan la base fundamental del sistema jurídico español, siendo los pilares fundamentales de un Estado Social, Democrático y de Derecho, observándose de esta forma la íntima relación, como señala Peces-Barba, que existe entre el Derecho y la moral, constituyendo una mezcla entre ambos[62].

La segunda dimensión sería considerar el Derecho a la Igualdad como principio constitucional consagrado en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española. El principio de igualdad[63] se despliega en dos planos, como igualdad ante la ley y en la ley, y aunque ambos planos los vamos a ver más detenidamente en otro punto del trabajo, merece especial interés su identificación. El principio de igualdad ante la ley tiene su origen en el fin del Antiguo Régimen, época en la que debido a la diversidad de ordenamientos jurídicos que existían, la aplicación de las normas dependía del estamento social que se ocupara, y a cada grupo social le correspondía unos tribunales distintos. El movimiento revolucionario liberal reivindicaba la necesidad de acabar con esta desigualdad e igualar a todos los ciudadanos frente a la ley, con independencia del estamento social que ocuparan, y que las leyes se aplicaran por los mismos tribunales. Se convierte así en una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales, especialmente de los franceses, hasta el punto que su proclamación forma parte de la divisa del Estado surgido de la Revolución Francesa: "Libertad, igualdad, fraternidad". De hecho el Tribunal Constitucional lo explica muy bien en la Sentencia

[60] SUÁREZ PERTIERRA, G. "Artículo 14, Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1984, págs. 277-293.
[61] FIGUERUELO BURRIEZA, Á. "El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española", en *Las mujeres en la Constitución europea*, por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, y Teresa LÓPEZ DE LA VIEJA, *Estudios multidisciplinares de género*, Ediciones Universidad de Salamanca-Centro de Estudios de la Mujer, Salamanca, 2005, pág. 2.
[62] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Los valores superiores*, Óp. cit., págs. 74-114.
[63] AROZAMENA SIERRA, J. "Principio de igualdad y Derechos Fundamentales", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, por Fernando VALDÉS DAL-RE, XI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 420.

144/1988 de 12 de Julio[64], donde expone que la igualdad ante la ley exige que la misma sea aplicada por igual a todas las personas sin que pueda haber ningún caso de desigualdad atendiendo a las condiciones personales o "tratados otros con mayor rigor también en consideración a sus personas". Por su parte, la igualdad en la ley impide que se pueda configurar los supuestos de hecho de la norma de modo que se dé un trato distinto a las personas que se encuentran en la misma situación.

La última dimensión del Derecho a la Igualdad es considerarlo como un Derecho Fundamental, plasmado en el artículo 14 de la Constitución Española, cuando señala "que en ningún caso puede prevalecer ningún tipo de discriminación". El Derecho a la Igualdad considerado como Derecho Fundamental presenta una peculiaridad, y es la posición que este precepto ocupa en la Constitución Española, ya que se encuentra fuera de la Sección Primera del Capítulo II del Título I, donde se recogen los Derechos Fundamentales[65]. Siguiendo a Espín Templado, el motivo por el que el Derecho a la Igualdad presenta esta ubicación en la Constitución es porque constituye el auténtico pórtico del Capítulo II del Título I, que recoge aquellos derechos que tienen una especial protección. Se considera que presentan una especial protección porque ostentan una rigidez a la hora de ser reformados, necesitando una mayoría absoluta en el Congreso y Senado y posterior disolución de las Cortes Generales, necesitando de nuevo una votación por mayoría absoluta de las nuevas Cortes, y por último un referéndum consultivo al pueblo, además de contar con un sistema de garantía reforzado, en base al artículo 53.2 de la Constitución, y unas garantías para su desarrollo, como se plasma en los artículos 82 y siguientes del mismo texto legal[66].

Respecto a la pregunta que ha sido planteada, se ha respondido tanto por la doctrina -que dice que nos hallamos más que ante un Derecho Fundamental o Libertad Pública, ante un valor superior del ordenamiento jurídico[67]- como por la jurisprudencia del

[64] STC 144/1988, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 1.
[65] OLLERO TASSARA, A. "Relevancia constitucional de la igualdad", en *Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Granada, Granada, 1989, pág. 546.
[66] GARCÍA MORILLO, J. "La cláusula general de igualdad", *en Derecho Constitucional*, Óp. cit., pág. 181.
[67] OLLERO TASSARA, A. "Relevancia constitucional de la igualdad", Óp. cit., pág. 545. Véase en esta misma línea a, MONTORO PUERTO, M. *Valores superiores del ordenamiento jurídico y Derechos Fundamentales: el Derecho a la libertad*, Temas constitucionales de actualidad, Pamplona, 1993, págs.

Tribunal Constitucional[68], señalando que, "la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas"[69]. Se trataría de "un Derecho Fundamental carente de autonomía propia en cuanto se da solo en relación con otros derechos a los que por así decirlo, modula de acuerdo con la igualdad entendida como valor y proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución[70]". Así pues, el Derecho a la Igualdad tiene que estar en relación a los demás derechos, no pudiéndose violar el Derecho a la Igualdad de forma autónoma, sino en relación con otros derechos[71].

Hay que añadir, además, que el Derecho a la Igualdad actúa como límite en la actuación de los poderes públicos, ya que, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española, no pueden actuar de forma arbitraria, obligándoles el mandato constitucional a que, si crean alguna situación de discriminación, como señala Ruiz Vadillo, deba de ser justificada y razonable[72]. Sin embargo, actualmente se han creado leyes que crean desigualdades entre distintos grupos sociales, pero que se encuentra suficientemente justificado dado que la obligación de los poderes públicos es garantizar la igualdad de las personas eliminando los obstáculos que impidan una situación de discriminación, esto es, lo que más adelante analizaremos: la acción positiva[73].

A nuestro parecer, y respondiendo a la pregunta que justifica a este apartado, nos acercamos más a la línea de que el Derecho a la Igualdad es un Derecho Fundamental,

---

17-66. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 18-23. BASILE, S. "Los valores superiores, los principios fundamentales y los Derechos y libertades públicas", en *La Constitución española de 1978* por Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1980, pág. 277.

[68] OLLERO TASSARA, A. *Relevancia constitucional de la igualdad*, Óp. cit., pág. 545.

[69] STC 76/1983, de 5 de agosto, Fundamento Jurídico 2.

[70] Véase el auto del TC 862/1986, de 29 de octubre.

[71] ÁLVAREZ CONDE, E. *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 34.

[72] RUIZ VADILLO, E. *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI Jornadas de Estudio, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I, 1991, pág. 1550. LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia, núm. 34*, Madrid, 1999, pág. 19. Véase también SANTAMARÍA PASTOR, J. A. I*gualdad y Derecho Público. El principio de igualdad en la Constitución española: XI*, Jornadas de Estudio, vol. 2, Madrid, 1991, págs. 1273-1292.

[73] LAURENZO COPELLO, P. "La violencia de género en la ley integral", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 54, Granada, 2005, págs. 3-10.

no solo porque el artículo 53.2 de la Constitución Española le otorga la misma protección que a los Derechos Fundamentales de los artículos 15-29, sino que además se trata, no solo de un derecho, sino de un valor superior y de un principio constitucional, lo que le hace que sea necesario otorgarle la condición de Derecho Fundamental.

Respondida esta interrogante, vamos ahora a abordar el tema de la eficacia de los Derechos Fundamentales, en términos generales.

1.3.3. Eficacia de los Derechos Fundamentales

La eficacia de los Derechos Fundamentales, siguiendo a Pérez Tremps[74], se puede medir en función de cuál sea el poder público al que obliguen, así como a la posición del particular y la naturaleza de la relación jurídico-privada en la que se esgrimen. De esta forma, la Constitución dentro del Título I ha sido dotada de especiales mecanismos para lograr la eficacia. Sin embargo, aún cuando el valor normativo del Título I sea incuestionable, el artículo 53 de la Constitución Española obliga a realizar algunas precisiones:

a. Los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberán de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales Derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el 161.1)

b. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y Derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, junto con la objeción de conciencia.

c. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de

[74] PÉREZ TREMPS, P. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., pág. 150.

los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan.

De este precepto extraemos que existe una distinción entre los Derechos Fundamentales de la Sección Primera y Segunda del Capítulo Segundo de la Constitución, y de entre todos ellos y los principios rectores de la política económica y social reconocida en el Capítulo Tercero de la misma. Todos los derechos y libertades Fundamentales del Capítulo Segundo son directamente aplicables y los tribunales pueden fundamentar sus sentencias en ellos sin necesidad de ley alguna que los desarrolle. Se configuran como auténticos derechos públicos subjetivos directamente ejercitables por sus titulares. Sin embargo, solo los Derechos Fundamentales, es decir, los de la Sección Primera Capítulo Segundo del Título I y el artículo 14, tienen una protección reforzada que significa que, para hacerlos valer ante los tribunales, es necesario un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad, siendo solamente recurribles éstos junto con la objeción de conciencia en recurso de amparo[75].

Los problemas que se presentan son los relacionados con los principios rectores de la política social y económica, pues aunque literalmente el precepto recoge que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, ello no quiere decir que el legislador ordinario sea enteramente libre para poder configurarlo a su arbitrio. Siguiendo a García de Enterría[76], decimos que los principios son algo más que normas programáticas en el sentido tradicional que les negaba toda aplicabilidad judicial. Los jueces y tribunales deberán tenerlos en cuenta al dictar sus resoluciones y el Tribunal Constitucional podrá apoyarse en ellos

[75] Véase en materia de recurso de amparo a QUADRA-SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares,* Civitas, Madrid, 1981, pág. 51.

[76] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 200. Véase también a PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. "Comentario al libro de García de Enterría", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, Madrid, 1984, pág. 250. MARTÍN-RETORILLO, L. "Eficacia y garantía de los Derechos Fundamentales", en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* por Sebastián MARTÍN RETORTILLO y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1991, págs. 585-634. NARANJO DE LA CRUZ, R. "Los límites de los Derechos Fundamentales en las relaciones particulares", *Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2000, pág. 201. GARCÍA TORRES, J. "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los Derechos Fundamentales", *Poder judicial*, núm. 10, Madrid, 1988, págs. 11-34.

para declarar la inconstitucionalidad de una ley que los desconociera. En este sentido, la eficacia de los Derechos Fundamentales, tal como hemos señalado antes, dependerá del tipo de relación y de los sujetos a los que se dirija. Por ello podemos afirmar que tenemos dos tipos de eficacia, la eficacia directa e inmediata, y una eficacia directa y mediata.

Será eficacia indirecta cuando el sujeto sobre el que se pretende que los derechos produzcan efectos sea un particular. Esto es así porque procede del hecho de que deben ser los poderes públicos los que a través de su acción concreten los extremos de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares. Los mecanismos a través de los cuales los poderes públicos deben hacer efectivos los Derechos Fundamentales son la acción del legislador y la de los jueces y tribunales, ya que el Estado tiene la obligación de garantizar la efectividad de estos derechos, como señala Anzures Gurría[77], y la forma en la que el Estado garantiza esta efectividad es a través de sus órganos, como recoge De la Quadra-Salcedo[78]. El legislador debe concretar el alcance de los Derechos Fundamentales a la hora de regular las relaciones entre particulares, y sucede así con la acción de los jueces y tribunales, dado que deberán de resolver las controversias entre particulares; no solo deben de evitar que su acción vulnere Derechos Fundamentales, sino que tienen que asegurar que queden respetados en la relación entre ciudadanos, derechos que son efectivos en la medida en que los demás miembros de la sociedad gozan de estos derechos de igual forma[79].

Sin embargo, esta eficacia indirecta es muy similar a la directa, ya que especialmente a través de la acción de los órganos judiciales, las vulneraciones de derechos que existan en este tipo de relaciones deben de ser reparadas, adquiriendo plena eficacia dichos derechos[80]. A pesar de todo ello existen, como recoge Anzures

[77] ANZURES GURRÍA, J. *La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales,* Óp. cit., pág.10.
[78] QUADRA-SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares,* Óp. cit., pág. 51.
[79] ANZURES GURRÍA, J. "La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 22, México D. F., 2010. pág. 10.
[80] PÉREZ TREMPS, P. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., págs. 150-151. En esta misma línea JULIO ESTRADA, A. *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares,* Óp. cit., pág. 31. VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho privado. Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Óp. cit., pág. 124. BALAGUER

Gurría, sectores doctrinales que se niegan a aceptar esta eficacia indirecta, llamada también eficacia horizontal; es el caso del profesor Águila–Real, que niega aceptar que los derechos tengan una eficacia dirigida a los particulares, ya que los únicos destinatarios de los derechos y de sus garantías son los poderes públicos[81]. En definitiva, siguiendo a Anzures Gurría y Naranjo de la Cruz, la sujeción o no de los particulares a los Derechos Fundamentales ha de encontrarse en el sentido de los artículos que la Constitución recoge, ya que será la delimitación del ámbito protegido por cada Derecho fundamental el que determinará si despliega efectos entre los particulares y hasta donde alcanzará su eficacia[82].

Por otro lado, la eficacia frente a los poderes públicos es inmediata. Como señala el artículo 53.1 de la Constitución, los derechos recogidos en el Titulo I Capítulo Segundo de la Constitución Española vinculan a los poderes públicos. Su aplicación es directa, no existiendo más excepciones que las que la propia Constitución recoja expresamente, o bien las que se extraigan de la propia naturaleza de la norma. Los Derechos Fundamentales son verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado. Es decir, los Derechos Fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene un carácter inmediato y directo. De tal modo esto es así, que para el ejercicio de un derecho es necesario un desarrollo; por ejemplo, el estatuto del derecho a la objeción de conciencia no se concretó hasta que el legislador decidió regularlo mediante ley, pero no pudo significar que los objetores de conciencia quedaran en desamparo, esto es, que no pudieran ejercitar el derecho

---

CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 45.

[81] ANZURES GURRÍA, J. *La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales*, Óp. cit., págs. 5 y ss. ÁGUILA-REAL, A. "Autonomía privada y Derechos Fundamentales", *ADC*, vol. 46, núm. 1, Madrid, 1993, pág. 60. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 206 y 207. VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho privado. Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 124. JIMÉNEZ CAMPO, J. "Estado social y democrático de Derecho", *Diccionario del Sistema Político español*, Madrid, 1984, pág. 276. VEGA GARCÍA, P. "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el problema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6, Murcia, 1994, pág. 41.

[82] ANZURES GURRÍA, J. *La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales*, Óp. cit., pág. 25. NARANJO DE LA CRUZ, R. "Los límites de los Derechos Fundamentales entre particulares: la buena fe", Óp. cit., pág. 204.

constitucionalmente reconocido en el artículo 30.2. Por tanto, el principio de la eficacia inmediata de tal derecho se tradujo en que ningún ciudadano que se declarara objetor podía ser obligado a ingresar en filas y cumplir el servicio militar, sino que su incorporación quedara aplazada *sine die* hasta que el legislador estableciera el desarrollo necesario para la plena operatividad y eficacia del Derecho[83].

En síntesis, partiendo de la eficacia de los Derechos Fundamentales, podemos señalar que vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares, pero no de la misma manera. Como hemos visto, la eficacia hacia los poderes públicos es directa, mientras que es indirecta frente a los particulares. Y procede esto último cuando son los particulares los que deben concretar los extremos para que tales derechos sean eficaces, es decir, los poderes públicos vuelven aquí a intervenir de tal forma que vincularán los Derechos Fundamentales a los particulares en función del alcance y contenido que hayan dado los poderes públicos; sin embargo, esta eficacia es muy similar a la de los poderes públicos[84]. Es por esto por lo que podemos afirmar, desde nuestra óptica, que en ambas eficacias los poderes públicos están presentes, ya que a través de la acción de los órganos del Estado se deberán resolver las controversias que existan derivadas de la vulneración de los Derechos entre las relaciones entre particulares.

Ahora bien, apoyando a Pérez Tremps, podemos señalar que ha de tenerse en cuenta que existen peculiaridades en la eficacia de los derechos que no se dan en las

[83] STC 15/1982, de 23 de abril, Fundamento Jurídico 2; STC 245/1993, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 2.

[84] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., págs. 150-151. AGUIAR DE LUQUE, L. "Los límites de los Derechos Fundamentales", *Revista del centro de estudios constitucionales*, núm. 14, Madrid, 1993, págs. 13-19. CRUZ VILLALON, P. *Formación y evolución de los Derechos Fundamentales*, Óp. cit., pág. 41. PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, Madrid, 1981, pág. 169-190. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. "Criterios de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, Madrid, 1999, págs. 193-211. DOMINGO PÉREZ, T. "El problema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales desde una perspectiva histórica", *Revista de sociales y jurídica*, núm. 1, Madrid, 2006, págs. 291-301. BALLARÍN IBARREN, J. "Derechos Fundamentales y relaciones entre los particulares", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, Madrid, 1988, págs. 286 y ss. DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 855-874.

relaciones entre los particulares y los poderes públicos, por lo que no se puede pretender una "aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras"[85].

Tras el análisis que acabamos de realizar sobre la eficacia de los Derechos Fundamentales, nos encontramos ahora con la cuestión de los límites que nos presentan cada uno de los derechos que nuestra Constitución reconoce, en particular, los límites de los Derechos Fundamentales.

1.3.4. Límites a los Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales, al igual que cualquier otro derecho, no son derechos absolutos sobre los que no quepa la imposición de cualquier límite. Distinguimos así;

Límites internos, aquellos que son intrínsecos al propio Derecho Fundamental. No se recogen de manera expresa, sino que se extraen de la propia definición del Derecho, y así lo ha expresado el Tribunal Constitucional al indicar que se trata de límites que la propia Constitución establece a la hora de definir el propio derecho o aquellos que resulten justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos[86]. Más que de límites de los derechos se trata de la definición del marco dentro del cual las facultades del sujeto han de moverse, en atención a la función del mismo. Por ejemplo, no puede invocarse el derecho a la libertad de circulación de personas para justificar un accidente de tráfico originado bajo los efectos del alcohol. Aunque con este ejemplo lo veamos muy obvio, no siempre es así, por lo que le corresponde al legislador trazar esos límites y a los tribunales controlar que ese trazado sea correcto, a través de elementos interpretativos. Son también límites intrínsecos los que derivan de la necesidad de ejercitar los Derechos Fundamentales, conforme a la buena fe y sin abuso, como ocurre con todos los derechos. Hay que señalar que Guevara De Cara recoge la tesis de la inmanencia del Tribunal Constitucional, esto es, la teoría de un contenido esencial absoluto pero que se relativiza a través de los límites propios del Derecho Fundamental en juego. El Tribunal Constitucional plantea esta teoría para

[85] PÉREZ TREMPS, P. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 154.
[86] STC 22/1984, de 17 de febrero, Fundamento Jurídico 3.

solucionar los problemas de los Derechos Fundamentales que carecen de reserva de ley[87].

Los límites externos, son aquellos que impone el ordenamiento jurídico. Y pueden ser a su vez de dos tipos: explícitos o implícitos.

a. Los límites explícitos. La Constitución reconoce en muchos preceptos del Título I límites expresos al ejercicio de Derechos Fundamentales. Este tipo de límites que realiza el legislador, siguiendo a Cianciardo, está justificada por la amplitud característica de las normas iusfundamentales, que requieren que se hagan de forma concretas, así como por la llamada, tal como señala este autor, naturaleza bifronte de las normas iusfundamentales, es decir "si se acepta que dichas normas se imponen al legislador no solo una obligación de abstención, es decir, un no hacer, sino también una obligación de promoción, esto es, de hacer, debe aceptarse que tenga las facultades adecuadas para el logro de esa finalidad"[88]. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución reserva a las Cortes Generales el desarrollo de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, siendo el fundamento del orden político-jurídico del Estado, y estableciendo por tanto los límites de carácter expreso[89].

A su vez, estos límites pueden establecerse, bien con carácter general para todos los Derechos Fundamentales, bien respecto a algún derecho concreto[90]. En el caso de los

---

[87] GAVARA DE CARA, J. C. "Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la ley de Bonn", *Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994, pág. 160.

[88] CIANCIARDO ZAMBRANO, J. "Los límites de los Derechos Fundamentales", *Dikiaion: revista de actualidad jurídica*, núm.10, Chía, 2001, pág. 56. Véase también CINCIARDO, J. "El conflictivismo en los Derechos Fundamentales", *Revista chilena de Derecho*, vol. 30, Santiago de Chile, 2003, págs. 201-208.

[89] STC 25/1981, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 5.

[90] PÉREZ TREMPS, P. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 157. SORIANO DÍAZ, R. *Las limitaciones al ejercicio de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, *Derechos económicos, sociales y culturales: para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos: actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Murcia, 1978, págs. 197-218. En lo que respecta a los limites de los Derechos Fundamentales de los militares, una cuestión bastante controvertida, véase PRESNO LINERA, M. A. *Los límites a los Derechos Fundamentales de los militares*, sesión del Seminario Estudios de la Defensa Nacional, que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, *Boletín de Información*, núm. 278, Santiago de Compostela, 2003, págs. 66-96.

límites generales, figura en nuestra Constitución un límite, como es el derivado del artículo 10.1 de la Constitución: el ejercicio de los derechos de los demás. Esto es así porque, tal como dice el Tribunal Constitucional[91], los Derechos Fundamentales presentan un doble carácter; por un lado, son derechos subjetivos que garantizan un status jurídico, y son además elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. Se trata de un límite genérico de contornos imprecisos, ya que presupone la colisión del ejercicio de derechos por distintas personas. La solución a este tipo de conflictos debe determinarse caso por caso atendiendo a la naturaleza de los derechos en ejercicio y al uso de los mismos realizado por sus titulares.

Respecto a los límites concretos, son algo más abundantes. Así, por ejemplo, el orden público establece como límite a la manifestación de las libertades ideológica, religiosa y de culto, (artículo 16.1 de la Constitución); la existencia de un delito flagrante actúa como límite a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución); los Derechos del artículo 20.1 (libertad de expresión de producción y creación, de cátedra, de información) tiene como límites expresos los demás Derechos del Título I y, especialmente, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4 de la Constitución); la función social es un límite al Derecho de propiedad (artículo 33.2 de la Constitución). Estos son algunos de los ejemplos a los límites expresos específicos establecidos en la Constitución; su alcance hay que determinarlo en el estudio del respectivo derecho.

b. Los límites implícitos. Junto a los límites expresos, tenemos aquellos que vienen impuestos por la propia lógica del ejercicio del derecho y del ordenamiento jurídico. Ahora bien, no cualquier bien o principio jurídicamente protegible puede actuar como límite de los Derechos Fundamentales. Si así fuera, resultaría sencillo para los poderes públicos vaciar de contenido los Derechos Fundamentales mediante la innovación de esos supuestos principios o bienes. El Tribunal Constitucional, en esta línea, ha indicado que los límites implícitos a los Derechos Fundamentales han de basarse siempre en bienes constitucionalmente protegidos; así, los Derechos Fundamentales "sólo pueden ceder ante los límites que la propia constitución expresamente imponga al definir cada

[91] STC 25/1981, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 5.

derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos"[92]. De esta forma "existen fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución[93]".

De acuerdo con esta doctrina, no cabe invocar vagos o imprecisos principios, como el bien común, para justificar la limitación de Derechos Fundamentales; ésta sólo puede basarse en la existencia de otro bien constitucionalmente protegido. Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar si un bien está o no constitucionalmente reconocido dada la generalidad que caracteriza muchos preceptos constitucionales. Esta tarea corresponde llevarla a cabo a los distintos operadores jurídicos de acuerdo con las pautas generales de interpretación constitucional. Así pues, a nuestro parecer, no debería de olvidarse que tanto en la determinación de cuáles son los posibles fundamentos de los límites a los Derechos Fundamentales, como en la ponderación entre los límites constitucionalmente posibles y los propios derechos, ha de tenerse presente la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales, interpretando restrictivamente sus límites, que deben resultar siempre proporcionales de cara a obtener el fin que se persiguen.

Después de haber realizado un análisis de los Derechos Fundamentales, con su eficacia y los límites que estos presentan, y haber dado respuesta a la pregunta de si el Derecho a la igualdad es o no un Derecho Fundamental, vamos ahora a analizar las garantías que presentan nuestros derechos , en particular, los Derechos Fundamentales.

1.3.5. Garantías de los Derechos Constitucionales

El bloque de garantías son las distintas técnicas usadas por el ordenamiento jurídico, que en palabras de Ferrajoli, "sirven para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los

[92] STC 120/1990, de 27 de junio, Fundamento Jurídico 8.
[93] Véase también en sobre este tema a, FERNANDO MUÑOZ, J. y VENEGAS VELÁZQUEZ, A. *Límites a los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 47-56.

Derechos Fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional". Nuestra Constitución lo declara expresamente en el artículo 53.1: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales Derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)".

Se trata así de técnicas usadas para garantizar la eficacia de los derechos no solo Fundamentales, sino también, de los derechos en general, ya que como se desprende del citado precepto, son los derechos del Capítulo 2º del Titulo 1º, no quedando reducido así a los de la Sección Primera Capítulo 2º del Título 1º. Los mecanismos de garantía que de tal precepto extraemos son: la aplicación directa de los derechos, la reserva de ley y el contenido esencial de los derechos. Sin embargo, a estos mecanismos hay que añadir otros no contenidos en el citado artículo, como son: el Defensor del Pueblo -artículo 54 Constitución Española- la suspensión de los Derechos Fundamentales -artículo 116 Constitución Española- y las garantías jurisdiccionales. Nosotros nos centraremos en las garantías derivadas del artículo 53.1 de la Norma Suprema.

En definitiva, entendemos que, a través de estos mecanismos, se les permite a los ciudadanos poder ejercitar sus Derechos. Tal importancia tiene esto que, a lo largo de la historia, se han dado Constituciones que reconocen derechos a sus ciudadanos, pero que eran de imposible ejercicio debido a la falta de mecanismos de garantías. Para Ferrajoli, posición a la que somos totalmente favorables, la falta de garantías afecta a la protección de los Derechos y a su operatividad, y genera una laguna que, para dicho autor, "pueden ser lagunas primarias y secundarias". Son lagunas primarias aquellas que existen cuando falta la estipulación de las obligaciones que forman las garantías primarias, y las lagunas secundarias se suscitan cuando no existen los órganos encargados de sancionar sus violaciones. En nuestra Constitución Española se recoge un elenco de mecanismos de garantías que vamos a examinar a continuación[94].

[94] FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 180. Véase en este mismo sentido a ÁLVAREZ, L. "Los Derechos y sus garantías", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, Madrid, 2010, pág. 312.

a. Aplicación directa de los Derechos Constitucionales

Se trata de un mecanismo de garantía en el que se recoge que los derechos del Capítulo 2º del Título I de la Constitución son de aplicación directa con independencia de que haya o no una norma de rango jerárquicamente inferior a la Constitución que lo desarrolle. De hecho, se afirma así en la Constitución en el artículo 53.1, donde se recoge que los Derechos del Capítulo 2º del Título I vinculan a los poderes públicos, algo que además queda reforzado con el artículo 9.1 del citado texto legal, cuando se señala que los ciudadanos y los poderes públicos quedan sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que estos dos preceptos fueron inspirados en la Ley Fundamental de 1949, la Ley de Bonn, que recoge en el artículo 1.3 que los Derechos Fundamentales vinculan a la legislación, al poder ejecutivo y a la justicia como Derecho inmediatamente aplicable[95].

Esta aplicación directa ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional al afirmar que los Derechos y Libertades Fundamentales vinculan a los poderes públicos, tal como afirma la Constitución, y que además tienen un origen inmediato en los derechos y obligaciones, y no son "meros principios pragmáticos"[96]. Esto también se reafirma en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se recoge que "los Derechos Fundamentales y las libertades públicas vinculan, en su integridad a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la efectiva tutela de los mismos", y en el apartado segundo del mismo precepto legal se recoge que "en especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución Española se reconocerán, en todo caso, de

[95] GARCÍA MORILLO, J. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 468. Véase también a DÍAZ LEMA, M. "Restricciones subjetivas de Derechos Fundamentales y aplicación directa de la Constitución", en *La administración pública entre dos siglos: (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar* por Manuel ARENILLA SÁEZ, Mariano BAENA DE ALCÁZAR, INAP, Madrid, 2010, pág. 1126. CAMINOS, P. "Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la Constitución", *Revista en cultura de la legalidad*, núm. 12, Madrid, 2017, pág. 46. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría general*), Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pág. 103.

[96] STC 21/1981, de 15 de junio, Fundamento Jurídico 17.

conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan en ningún caso restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido"[97].

Siguiendo a García Morillo, un efecto favorable de aplicación directa de los Derechos Constitucionales es la imposibilidad de que se aplique la "legislación negativa", esto es, cuando un supuesto tiene que ser desarrollado por una norma de rango jerárquicamente inferior al texto constitucional, exista el riesgo de que no se elabore. Así pues, una aplicación directa de los derechos impide que se tenga que esperar a que la norma desarrolle el mismo, pudiendo por tanto incurrir en "legislación negativa", es decir, que el derecho no se llegue a desarrollar nunca[98].

En definitiva, los derechos de las personas, no limitándonos a los Derechos Fundamentales, a nuestro entender, deberán de ser aplicados de forma directa, ya que la Constitución en el citado artículo 53.1 recoge que deben de vincular a todos los poderes públicos. Dicho precepto no diferencia que los derechos que tengan aplicación directa sean solamente los Derechos Fundamentales, ya que recoge todo el elenco de derechos que se encuentran en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Y este mecanismo de garantía permite otorgar una mayor protección a los ciudadanos garantizando, tal como hemos expuesto, que a pesar de que no haya una ley que desarrolle el Derecho en concreto el mismo pueda ser ejercido por el ciudadano, sin esperar por lo tanto al desarrollo legislativo.

b. Reserva de ley.

La reserva de ley es aquel mecanismo de garantía que la Constitución Española recoge en el artículo 53.1 cuando señala que "Los derechos recogidos en el Capítulo 2º del Titulo Primero vincula a los poderes públicos y solo por ley respetando su contenido esencial podrán ser desarrollados". Esto se traduce, siguiendo a García Morillo, en la necesidad de que sea el poder legislativo y no otro órgano el que se encargue de regular

[97] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En adelante Ley Orgánica del Poder Judicial.
[98] GARCÍA MORILLO, J. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., pág. 469.

estos derechos y las condiciones necesarias para poder ejercitar los mismos[99]. Tal como dice Melero Alonso[100], es el mecanismo a través del cual determina la forma en la que se organiza la potestad legislativa que viene atribuida a las Cortes Generales y la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno.

La función de la reserva de ley, como señala Melero Alonso[101], está ligada, dentro de un Estado Democrático, a la garantía de los Derechos de los ciudadanos. Es por tanto, a través de este mecanismo, por el que se garantiza la protección de los ciudadanos ante las intervenciones que realizan los poderes públicos. Ý así lo expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional cuando señala que es "una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho" siendo su significado último el de asegurar que la regulación "de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador"[102].

Así pues, a través de este mecanismo de garantía se excluye la posibilidad de que el Gobierno pueda realizar ningún tipo de regulación sobre los derechos y libertades que la Constitución reconoce; ahora bien, esto presenta ciertos matices, ya que es posible que el Gobierno pueda intervenir regulando aspectos secundarios una vez que la ley desarrolla tal Derecho[103]. García de Enterría y Fernández lo expresan desde la perspectiva de que los reglamentos se encuentran sometidos a la ley, y se encargan de regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley, pero no pueden ir

[99] *Ibídem*, pág. 469. Véase para más detalles sobre esta cuestión a TORRES MURO, I. "Sobre la reserva de ley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, Madrid, 1991, pág. 277.
[100] MELERO ALONSO, E. "La flexibilización de la reserva de ley", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, Madrid, 2004, pág. 109.
[101] *Ibídem*, pág. 111.
[102] STC 83/1984, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 4.
[103] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 4. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 246-247.

más allá[104]. Esta tesis se recoge también en la Sentencia del Tribunal Supremo[105] cuando señala que todo reglamento ejecutivo (aunque habla de reglamento ejecutivo se puede perfectamente aplicar a la doctrina de la reserva de ley) deberá de incluir lo necesario para asegurar la aplicación correcta y plena de la ley. Por su parte, el Tribunal Constitucional señala que "la ley contiene una formulación general que tendrá su complemento indispensable mediante una reglamentación"[106].

Desde nuestra perspectiva, el "solo por ley" del reiterado citado artículo 53.1 impide que se puedan regular por reglamento el desarrollo de los derechos del Titulo 1º Capítulo 2º, ya que se reserva única y exclusivamente al Poder Legislativo como órgano independiente, impidiendo la intromisión del Poder Ejecutivo, aunque se permiten reglamentos que, como hemos señalado antes, regulen cuestiones de detalle o mera ejecución, es decir, aspectos secundarios del Derecho. Pero puede también que se impida que la potestad reglamentaria se lleve a cabo por motivos técnicos o para, como dice el Tribunal Constitucional, "optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley"[107]. No faltan autores, como García Macho, que niegan la creación de reglamentos independientes y manifiestan su concepción amplia del principio de reserva de ley[108].

Dentro de este apartado de reserva de ley, creemos que merece especial mención la reserva de ley orgánica. En el artículo 53.1 de la Constitución Española se recoge una reserva de ley general que es la que hemos visto hasta ahora, sin embargo, los Derechos Fundamentales, es decir, los del 15-29 incluyendo también el artículo 14 tienen que ser desarrollados, no por cualquier ley, sino por ley orgánica[109]. A través de la ley orgánica se otorga un mayor grado de protección y de garantía, ya que para regular los Derechos Fundamentales es necesario que se desarrollen por una ley que requiere de la mayoría

[104] *Ibídem*, pág. 271.
[105] STS 9655/1995, de 11 de mayo, Fundamento Jurídico 4.
[106] STC 71/1982, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7.
[107] STC 86/1984, de 27 de julio, Fundamento Jurídico 4.
[108] GARCÍA MACHO, R. *Reserva de ley y potestad reglamentaria,* Ariel, Barcelona, 1988, págs. 113-114. En misma opinión tenemos a GARRORENA MORALES, Á. *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 68. GARRORENA MORALES, Á. "Reserva de ley", en *Temas básicos de Derecho Constitucional. Constitución, Estado Constitucional y fuentes del Derecho*, por Manuel ARAGÓN REYES, Civitas, Madrid, 2001, pág. 305.
[109] STC 116/1999, de 17 de junio, Fundamento Jurídico 3.

absoluta del Congreso de los Diputados, tanto para su aprobación como para su modificación o derogación. De esta forma tenemos el panorama siguiente; los derechos del Capítulo 2º del Título 1º tienen que ser desarrollados por ley genérica; ahora bien, los Derechos Fundamentales necesitan de ley orgánica. Sin embargo, tal como señala García Morillo, hay que precisar el alcance de esta reserva de ley orgánica. Por un lado, esta reserva no implica que las demás leyes ordinarias no puedan afectar a los Derechos Fundamentales, ya que son muy pocas las normas que no guardan relación directa o indirectamente con los Derechos Fundamentales, lo que le llevaría al legislador a crear una multitud de leyes orgánicas y esto al final iría en contra de las previsiones constitucionales.

Lo que la Constitución con esta técnica pretende es que la ley orgánica regule los elementos básicos del ejercicio del Derecho Fundamental, y tanto es así, que el Tribunal Constitucional considera que esta técnica debería de ser interpretada de forma restrictiva, considerando que la ley orgánica solo debería de regular los elementos básicos de las condiciones de ejercicio de los derechos siempre que afecten directamente sobre el ejercicio y disfrute de tal derecho[110]. Por otro lado, y siguiendo al mismo autor -García Morillo-, el margen que tienen las leyes orgánicas en cuanto a regular ciertas materias queda limitado, ya que debe de tratarse de materias relevantes, impidiendo que se realicen sobre las mismas modificaciones posteriores en función de los cambios parlamentarios que vayan sucediéndose[111].

En definitiva, apoyando la posición del citado autor, creemos también que aunque generalmente los derechos se tienen que desarrollar por ley ordinaria, una parte de esos derechos, los llamados Derechos Fundamentales, se tienen que reservar a la ley orgánica, debido a la importancia que tienen los mismos, y para impedir que puedan ser modificados o derogados según el parlamento que en ese momento se encuentre en el poder, dejándose así al arbitrio de los mandatarios.

---

[110] STC 173/1998, de 23 de julio, Fundamento Jurídico 7.

[111] GARCÍA MORILLO, J. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., págs. 470-471. Véase también a FEIJÓO SÁNCHEZ, B. "Reserva de Ley Orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de Derechos Fundamentales", *Cuadernos de política criminal*, núm. 52, Madrid, 1994, págs. 91-111.

c. Contenido esencial de los Derechos

El artículo 53.1 recoge el ya citado inciso de contenido esencial. Esto supone para el legislador una serie de límites a la hora de desarrollar los derechos de las personas, impidiendo un desarrollo de los derechos que siguiendo a García Morillo, suponga una restricción del ejercicio de los derechos por debajo de lo que la Constitución prevé[112]. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 189/80[113] señalaba que la Constitución reconocía una amplísima libertad al legislador limitándose su actuación por ese contenido esencial del derecho.

Ese respeto de contenido esencial es un límite a la reserva de ley, que tal como veíamos anteriormente, supone el que sea el legislador el que le dote de contenido a los Derechos Constitucionales. El problema jurídico que aquí se nos plantea es delimitar el contenido esencial, es decir, qué entendemos por contenido esencial. Se trata de un núcleo mínimo que el legislador no puede traspasar. En posición de García Morillo, avalada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que anteriormente citamos, habrá que estar "al concreto desarrollo de cada derecho constitucional para determinar si dicho desarrollo respeta o no su contenido esencial".

Ese concreto desarrollo, en posición también de Parejo Alfonso, depende del momento histórico en el que nos encontremos, siendo, como señalan el Tribunal Constitucional, de mayor o menor amplitud, dependiendo de las "directrices políticas" que en ese momento se impulsen. Siguiendo la misma Sentencia del Tribunal Constitucional en el mismo fundamento jurídico, se considera contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades que son necesarias para considerar que ese derecho pertenezca al tipo descrito y que no quede comprendido en otro, es decir, un contenido que no puede dejar de faltar para que los intereses jurídicamente protegidos en dicho derecho puedan ser ejercitados. Y como señala Parejo Alfonso, el contenido esencial no puede ser equivalente al mero contenido del derecho, pues es esa

[112] GARCÍA MORILLO, J. "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., pág. 471.
[113] STC 189/1980, de 8 de abril, Fundamento Jurídico 8.

esencialidad lo que permite diferenciarlo, es decir, aquellos elementos "integrantes del contenido que son absolutamente indispensables" para el ejercicio del derecho[114].

Para determinar entonces ese contenido esencial, el Tribunal Constitucional diseña dos vías: la primera de las vías sería, ligada a lo anterior, "el tipo abstracto del Derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta". En otras palabras, esta primera vía considera como contenido esencial de un derecho aquel contenido que lo hace reconocible para pertenecer a la categoría jurídica que le corresponda, aunque dependerá del momento histórico legislativo en el que nos encontremos para determinarlo. Para Luciano Parejo, ese momento dependerá de la idea colectiva del derecho en cada momento histórico pero que es "un producto del mundo jurídico, de los especialistas en derecho, como es la doctrina científica o la jurisprudencia".

La segunda vía que el Tribunal Constitucional señala para determinar el contenido esencial es el de localizar los intereses protegidos que se persiguen con ese derecho, es decir, el goce, ganancia, o su aprovechamiento. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 se señala que ambos criterios no son excluyentes sino que son complementarios. De esta forma, cada vez que sea necesario valorar si se ha respetado el contenido esencial del derecho hay que realizar un análisis: primeramente reconocer el derecho que se regula y determinar la categoría jurídica a la que pertenece, y posteriormente identificar los intereses cuya protección se persiguen con ese derecho. De tal forma, se considerará que no se respeta ese contenido esencial en el momento en el que el desarrollo legislativo varía el derecho, de forma que se impide reconocerlo como perteneciente a la idea que se tiene de él, incluso si presenta limitaciones que impiden ejercitar el derecho más allá de lo que es esa protección necesaria, o bien si los intereses que se persigue proteger con ese derecho no quedan protegidos.

---

[114] PAREJO ALFONSO, L. *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, Óp. cit., págs. 171-179. Para más detalles sobre esta cuestión se puede ver a MARTÍN HUERTAS, A. "El contenido esencial de los Derechos fundamentales", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, Madrid, 2008, págs. 105-110. LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 120. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1928, págs. 175-176. RUIZ MIGUEL, C. "La tercera generación de Derechos fundamentales*", Revista de Estudios políticos*, núm. 72, Madrid, 1991, págs. 301-312.

A modo de conclusión, podemos señalar que el contenido esencial es aquel mecanismo de garantía que le impide al legislador actuar con total libertad cuando realiza el desarrollo legislativo correspondiente a tal derecho. Tal como hemos visto, el problema se presenta cuando tratamos de considerar qué entendemos por contenido esencial, y que el Tribunal Constitucional considera necesario, para determinarlo, el establecimiento de dos criterios de aplicación que, desde nuestra opinión, son bastante imprecisos, ya que, en lo que respecta al primero, determinar la categoría jurídica a la que pertenece un derecho depende del momento legislativo y de las orientaciones políticas que en ese momento se persigan y, en lo que respecta al segundo, los fines de protección que se persigan con los distintos derechos pueden ser muy variados, y están íntimamente ligados a esa orientación política, de tal forma que al final debería de ser el Tribunal Constitucional el que resuelva ambas cuestiones, posición que apoyamos, de García de Enterría[115].

1.4. La cláusula general de Igualdad

La Constitución Española integra una cláusula general que establece que todos los españoles son iguales ante la ley, y se prohíbe las discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. Esta cláusula está recogida dentro del título I "De los Derechos y deberes Fundamentales" Capítulo II "De los Derechos y libertades". Este Capítulo II está desglosado a su vez en el artículo 14 y en dos secciones, siendo la sección primera "De los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas" y sección segunda "De los Derechos y deberes de los ciudadanos", dignos todos ellos de una mayor protección constitucional[116], siendo el pórtico[117] dicho artículo 14.

---

[115] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.1, núm. 1, Madrid, 2014, págs. 35-38.

[116] LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho constitucional*, Óp. cit., págs. 104-105. Véase también a GÁLVEZ MUÑOZ, L. "La cláusula general de igualdad*"*, *Anales del Derecho*, núm. 21, Murcia, 2003, págs. 195-206. En lo que respecta al Tribunal Constitucional y el Derecho a la igualdad, véase CARMONA CUENCA, E. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de estudios políticos, Nueva Época*, núm. 84, Madrid, 1994, págs. 265-284.

[117] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 180.

Se trata de un derecho que tiene su origen en el fin del Antiguo Régimen, época en la que debido a la diversidad de ordenamientos jurídicos que existían, la aplicación de las normas dependía del estamento social que se ocupara, y en donde a cada grupo social le correspondía unos tribunales distintos. El ideario liberal[118] reivindica la necesidad de acabar con esta desigualdad, e igualar a todos los ciudadanos frente a la ley, con independencia del estamento social que se ocupara[119]. Es por tanto, una de las principales reivindicaciones de los movimientos liberales hasta el punto de que su proclamación forma parte de la fundamentación del Estado surgido de la Revolución Francesa[120].

El artículo 14 tiene sus principales inspiraciones[121] en el artículo 2 de la Constitución de 1931, donde se recoge que "todos los españoles son iguales ante la ley[122]" y en el artículo 25 cuando señala "no podrán ser fundamento de privilegio jurídico, la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones ni títulos nobiliarios".

En el caso español, durante el proceso constituyente no hubo mucha controversia sobre tal precepto a pesar de las diversas ideologías políticas que estaban siendo representadas por los "padres de la Constitución". Sin embargo, es un precepto que ha dado lugar a una gran diversidad de transformaciones, superando el concepto formal[123] de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad en la ley.

---

[118] SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Óp. cit., págs. 25 y ss.
[119] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 180.
[120] GÁLVEZ MUÑOZ, L. Sinopsis al artículo 14 Constitución Española. https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2.
[121] Véase manifestaciones anteriores en las distintas constituciones: CONSTITUCIÓN de 1837, artículo 5 "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad". CONSTITUCIÓN de 1869, artículo 27. "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad. La obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los Derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles. El extranjero que no estuviere naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción".
[122] CONSTITUCIÓN de 1931, artículo 2. "Todos los españoles son iguales ante la ley".
[123] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. EL ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 18.

La cláusula general de Igualdad, como ya hemos señalado, se manifiesta en la Constitución Española en tres dimensiones[124]: como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional y como Derecho Fundamental. Sin embargo, hay que añadir que además esta cláusula general de Igualdad actúa como límite en la actuación de los poderes públicos, ya que, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española[125], los poderes públicos no pueden actuar de forma arbitraria, y siguiendo a Gálvez Muñoz, se trata de imponer la obligación por mandato constitucional para que, si crean alguna situación de discriminación, deba de ser justificada y razonable[126]. De hecho, como se ve posteriormente, se han creado leyes que generan una situación de desigualdad entre los grupos sociales; sin embargo, es constitucional ya que, tras una exhaustiva valoración, está suficientemente justificado y, por ende, es razonable, pues a la misma vez que los poderes públicos tienen un límite en sus actuaciones, cuentan con una obligación constitucional que es eliminar todo obstáculo que suponga una situación de discriminación, para garantizar la igualdad entre las personas[127], llamada acción positiva, la cual se verá más detenidamente en otro punto de este Capítulo.

En conclusión, la igualdad actúa como límite a la actuación de los poderes públicos, puesto que toda actuación de los poderes públicos que suponga una discriminación entre los grupos sociales, sería ilegal si fuera arbitrario[128]. De este modo, se pueden crear

---

[124] FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, Óp. cit., págs. 97-100.

[125] GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La cláusula general de igualdad, Óp. cit.*, pág. 197. PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 28-289. XIOL RÍOS, A. "El principio de igualdad en la aplicación de la ley", en *El principio de igualdad en la Constitución Española*. XI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991, págs. 241 y ss. VIDAL MARÍN, T. "Jurisprudencia constitucional en torno al artículo 14 de la Constitución: cambio de criterio y precedente judicial", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, Madrid, 1996, págs. 239 y ss. JIMÉNEZ CAMPO, J. "La igualdad jurídica como límite al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, Madrid, 1983, págs. 71 y ss. RUBIO LLORENTE, F. "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, Madrid, 1991, págs. 9 y ss.

[126] LAURENZO COPELLO, P. *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, Óp. cit., pág. 19.

[127] LAURENZO COPELLO, P. *La violencia de género en la ley integral*, Óp. cit., págs. 3-10.

[128] NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El Derecho a la Igualdad en la jurisprudencia constitucional", *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Santiago de Chile, 1997, pág. 236.

situaciones de desigualdad entre las personas siempre y cuando la actividad de los operadores jurídicos no sea arbitraria, sino que esté fundamentada y motivada[129].

1.4.1. La igualdad como derecho

El artículo 14 de la Constitución Española recoge un auténtico Derecho[130] subjetivo[131] de los españoles, que puede ser invocado ante los tribunales, a través del artículo 24 de la Constitución Española y que además viene protegido en su artículo 53 precepto que ya hemos visto con anterioridad, cuando señala que cualquier persona podrá pedir la tutela de los derechos recogidos en el artículo 14 de la Constitución Española ante la jurisdicción ordinaria, y, una vez agotada la vía interna, se podrá acudir ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

De esta forma, el artículo 14 ha sido objeto de una multiplicidad de recursos de amparo, dando lugar a una variada doctrina jurisprudencial. Así pues, el artículo 14 no se limita a consagrar un Derecho Fundamental más, siendo el marco o punto de partida en el que se desarrollan todos los derechos y libertades[132]. Dicho artículo cumple el papel del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que asegura la igualdad y la no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Convenio.

El Derecho a la Igualdad contempla el derecho de toda persona a ser tratada de la misma manera que los demás en una situación comparable[133], o bien, en contraposición, el no ser tratado de la misma manera cuando nos encontramos en distinta situación[134]. Así el Tribunal Constitucional señala que quien alegue la infracción del artículo 14 de la

---

[129] MONTOYA MELGUER, A. *La igualdad como valor, como principio y como Derecho Fundamental*, Óp. cit., pág. 3. Según señala GÁLVEZ MUÑOZ L. "La cláusula general de igualdad", Óp. cit., pág. 197.
[130] BAÑO LEÓN, J. M. "La igualdad como Derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, Madrid, 1987, págs. 179-195.
[131] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., pág. 182.
[132] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER. M. *El principio de igualdad en la constitución española*, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1069.
[133] *Ibídem*, pág. 1069.
[134] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos,* Óp. cit., pág. 182. Para ver la importancia de la igualdad en el movimiento constitucional véase a PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Óp. cit., págs. 288-289.

Constitución Española deberá de fundarlo en un término de comparación del que se desprenda con claridad la desigualdad denunciada, ya que no se puede producir una infracción del Derecho a la Igualdad de forma aislada[135]. Como derecho relacional, su infracción requiere inexcusablemente como presupuesto la existencia de una diferencia de trato entre situaciones sustancialmente iguales, cuya razonabilidad o no deberá valorarse con posterioridad. Y esta diferencia de trato es un extremo que debe ser puesto de manifiesto por el interesado"[136].

Se trata de un mandato en el que se impone a los poderes públicos la necesidad de tratar a los ciudadanos que se encuentren en la misma situación de la misma manera, imponiendo así al legislador la necesidad de que se impida las diferencias de trato que carecen de una justificación objetiva y razonable. De ahí que el Tribunal Constitucional haya afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador, cuando hablamos de igualdad en la ley, como para los órganos aplicadores, igualdad en la aplicación de la ley, y para los particulares, igualdad horizontal[137]. Por ello, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados que no son fundados[138].

El principio de igualdad trata de tutelar no solo el acto justo, que es el hecho de tratar de la misma manera a todos los que están sometidos a las mismas reglas, que es fruto de la seguridad jurídica, sino que se tutela la regla justa, esto es, que todos deben de ser tratados igualmente, de forma que no pueda haber desigualdades o distinciones arbitrarias[139]. La carga de demostrar el carácter justificado y razonable de la diferenciación recae sobre quien la defiende y como señala el Tribunal Constitucional. "se torna aún más rigurosa en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la

[135] SERRANO GONZÁLEZ, *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Óp. cit., pág. 59.
[136] STC 106/1994, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 2.
[137] GÁLVEZ MUÑOZ, L. *"*Cláusula general de igualdad*"*, Óp. cit., pág. 202.
[138] En general ver las siguientes sentencias donde se recoge la misma fundamentación; SSTC 83/1984, de 8 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 20/1991, de 31 de enero, Fundamento Jurídico 2; 176/1993, de 27 de mayo, Fundamento Jurídico 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 6; 207/1987, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 2; 145/1991, de 1 de julio, Fundamento Jurídico 3; 147/1995, de 16 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 126/1997, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 8.
[139] SERRANO GONZÁLEZ, A. *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Óp. cit., pág. 59.

cláusula general de igualdad del artículo 14 Constitución Española, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 Constitución Española concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones[140]". El motivo de ello es porque se trata de "categorías sospechosas de discriminación", de tal modo que todo trato desigual basado en alguna de estas causas debe de ser sometido a un especial y riguroso estudio para determinar si se trata de una causa suficientemente justificada[141]. Un ejemplo[142] claro podrían ser la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la LVIG, ambas leyes sometidas a un especial y riguroso estudio, y que se ha señalado que se trata del mandato constitucional del artículo 9.2 de la Constitución Española, donde se impone ese deber de los poderes públicos[143] de eliminar todo tipo de obstáculos para conseguir la igualdad entre las personas, y por ende, considerada una discriminación objetiva y razonable[144].

Vamos a pasar ahora a realizar un análisis sobre la igualdad ante la ley, y de esta forma explicaremos por qué ciertas leyes, como las señaladas en el párrafo anterior, no se aplican a todos por igual, a pesar de que el mandato constitucional es que todas las leyes deberán de ser iguales para todos los ciudadanos.

1.4.2. La igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley "tiene unos antiguos antecedentes en la idea griega de isonomía, siendo el resultado y parte esencial de la ideología liberal desarrollada por la Ilustración, y consagrada por primera vez en las declaraciones de Derechos de la

[140] STC 81/1982, de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico 2.
[141] GÁLVEZ MUÑOZ, L. "Cláusula general de igualdad", Óp. cit., pág. 203.
[142] Referencias a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. y a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
[143] LÓPEZ RODÓ, L. "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100, Madrid, 1983, págs. 331-345. Véase LORCA NAVARRETE, J. *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1995, pág. 139. ALONSO GARCÍA, E. *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, Óp. cit., págs. 21-92. Véase APARISI MIRALLES, A. "Discriminación y Derecho a la Igualdad: Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad", *Anuario de filosofía del Derecho,* Madrid, 1995, págs. 269-300. VIVANCO MARTÍNEZ, A. "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿de qué igualdad estamos exactamente hablando?", *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, Santiago de Chile, 1991, págs. 173-186.
[144] SANZ CABALLERO, S. *El Derecho a la Igualdad*, Óp. cit., págs. 639-738.

Revolución Francesa"[145]. El primer efecto del Derecho a la Igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española es la igualdad ante la ley, llamado también igualdad formal, que supone que la ley es la misma para todos los ciudadanos. Por ello, las leyes deberán de ser universales, es decir, su validez alcanza a todos los ciudadanos. Deberán además ser generales y abstractas, esto es, no pueden ir dirigidas a un grupo concreto de personas, sino a todos los ciudadanos. Y por último deberán de ser duraderas, no caben así las leyes creadas para una situación en concreto[146]. Lo cierto es que, actualmente los poderes públicos, deben de corregir ciertas desigualdades sociales, permitiendo, siempre que sea justificado y razonable, dictar normas dirigidas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación diferente, desigual y específica, a la de otros grupos sociales, esto hace que este principio se vea quebrado.

Un ejemplo ya mencionado anteriormente es la LVIG, la cual, debido al incremento de mujeres asesinadas a manos de sus parejas, basándose en una situación de desigualdad que lleva produciéndose desde épocas anteriores, el legislador vio la necesidad de crear una ley dirigida a la mujer, especialmente a las víctimas de violencia de género. De esta forma, se trata de una norma dirigida específicamente al colectivo de la mujer, porque se encuentra en una situación más desventajosa que el hombre, y que siguiendo al Tribunal Constitucional, se trata de una norma "compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y solo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone". Es por ello por lo que se podría crear una ley específica que prescinda del contenido de abstracción.

---

[145] RUIZ MIGUEL, A. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Doxa*, 1996, núm. 19, Alicante, págs. 39-80.

[146] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 183. Véase para saber la doctrina que estableció el Tribunal Constitucional en los diez primeros años de su actuación sobre el Derecho a la igualdad, RUBIO LLORENTE, F. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Óp. cit., págs. 9-36. Véase a PARDELL VEÁ, A. "La igualdad ante la Ley, La igualdad ante la Ley y la no discriminación", en *Las relaciones laborales:* XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, págs. 33-76. GARCÍA SAN MIGUEL, L. *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 155.

El Tribunal Constitucional ha recogido que la esencia del artículo 14 de la Constitución Española es evitar que las situaciones de desigualdad que se realicen no sean objetivas ni razonables, teniendo que cumplir el fin de que sean proporcionales, es decir, que el motivo por el que se produce una situación de discriminación sea proporcional al objetivo que se tiene, por ejemplo, si se discrimina al hombre que sea proporcional con el objetivo que al final es proteger a la mujer. Esto equivale a decir "que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular supuesto el más intenso de Ley diferenciadora debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta"[147](…) "la ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone"[148].

En otras palabras, la igualdad ante la ley consiste en que las normas deben de ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, sin que de ello se deriven privilegios para unos u otros encontrándose en condiciones similares. Ahora bien, no estamos hablando de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso según las diferencias que existan entre ellos. Supone la posibilidad de tratar por desigual a los desiguales; por ello, no se impide la creación de leyes para grupos sociales específicos que se encuentran en situación diferente, siempre que la misma no sea una actuación arbitraria ni injustificada del legislador, para perjudicar sin fundamento alguno a un grupo social y beneficiar a otro, en situaciones comparables[149].

Vamos ahora a proceder al mismo análisis pero sobre la igualdad en la ley, lo cual nos permitirá ver las diferencias entre una y otra.

---

[147] STC 166/1986, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 11.
[148] *Ibídem*.
[149] BLANC, N. *La Constitución chilena,* Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Tomo I, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1990, pág. 97.

1.4.3. La igualdad en la ley

El principio de igualdad no solo contempla que la ley deba de ser igual para todos los ciudadanos, sino que también tal principio hace mención a la necesidad que tienen las leyes para tratar por igual a todos los ciudadanos, reconociendo iguales derechos y obligaciones para los mismos; sin embargo, esto tiene su excepción.

En la igualdad ante la ley teníamos que las leyes deben ser generales y abstractas salvo en ciertos casos en donde de forma justificada y objetiva puedan crearse leyes específicas. En la igualdad en la ley ocurre lo mismo, pues aunque la ley debe de tratar por igual a todos los ciudadanos, es cierto que cuando dos grupos sociales se encuentran en distinta situación la ley no puede tratarlos de la misma manera, porque a su vez se estaría creando una situación discriminatoria[150]. Un ejemplo de lo que queremos decir está en relación con el sistema tributario. La Constitución Española dice en su artículo 33[151] que "todos deberán de contribuir a un sistema tributario justo (...)" y recoge la necesidad de que tal sistema tributario esté inspirado, entre otros, por el principio de igualdad, pues dos personas con la misma capacidad económica deberán de contribuir de la misma manera, de lo contrario, dos personas con distinta capacidad económica no pueden contribuir de la misma manera, pues esto nos llevaría a una situación de desigualdad.

[150] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional*, Óp. cit., pág. 185. "Es un hecho incontestable el que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan en realidad en una situación de desigualdad; podrán ser iguales ante la ley pero no lo son en la realidad. Esta desigualdad está constitucionalmente considerada en el artículo 9.2 CE, cuando instituye a los poderes públicos en la obligación de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos sociales sea real y efectiva, lo que supone el reconocimiento constitucional de que hoy no lo es. De ese reconocimiento surge la atribución a los poderes públicos de una función promocional encaminada a la plasmación real de la igualdad legal". Véase también a MONTOYA MELGAR, A. *La igualdad como valor, principio y derecho fundamental*, Óp. cit., pág. 2.

[151] Artículo 33 de la Constitución Española. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Si observamos el artículo 14 de la Constitución Española y lo ponemos en relación con el artículo 9.2, podríamos caer en el error de pensar que existe una contradicción[152], pues, por un lado, se está obligando a los poderes públicos a no crear situaciones discriminatorias entre las personas, y por otro lado se les está obligando a eliminar todos los obstáculos que impidan una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos. Pero esto no es así. Para poder entender esta contradicción tenemos que partir de que todos tenemos derecho a que las leyes nos traten de la misma manera, sin que no exista ningún tipo de discriminación. Sin embargo, no se trata de cualquier conducta discriminatoria, sino aquella por parte de los poderes públicos que no esté basada en causas objetivas, razonables y proporcionadas, es decir, que sea arbitraria y carente de justificación.

El Tribunal Constitucional lo ha venido manifestando en innumerables sentencias, manteniendo siempre la misma posición. El artículo 14 de la Constitución Española contiene "en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley (...)"[153] considerado como un derecho subjetivo de los ciudadanos para que sean tratados de la misma manera, imponiendo en palabras del Tribunal Constitucional la necesidad de que "los poderes públicos lo respeten, y exigen que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas", de tal forma que en caso de introducir alguna diferenciación, "tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable. De acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulte, en todo caso, desproporcionadas"[154].

Como regla general, se exige del principio de igualdad la necesidad de tratar por igual a supuestos de hecho con idénticas consecuencias jurídicas, prohibiendo todo tipo de trato arbitrario y carente de justificación. Para valorar cuándo estamos ante una situación discriminatoria, pero lícita, hay que estudiar diferentes elementos:

---

[152] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Óp. cit., pág. 187. Véase a OLLERO TASSARA, A. "La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional", Óp. cit., págs. 232-237.

[153] STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 1.

[154] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 1.

A) Supuestos de hecho idénticos o similares. En este sentido el Tribunal Constitucional ha venido declarando "la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados"[155] entre quienes se hallan en situaciones idénticas.

B) Término comparativo. Se tendrá que realizar un *"tertium comparationes*", esto es, un término comparativo, que permita llegar a concluir que se ha tratado de forma injustificada y desigual a personas en situaciones de hecho comparables. Por decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, "es sabido que para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración del Derecho a la Igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación"[156].

C) Finalidad legítima. No solo basta situaciones de hecho comparable, sino que hay que añadir una finalidad legítima. Esto es, debe de perseguirse con esta situación de desigualdad una finalidad legítima y constitucionalmente admisible. En otras palabras, que no se trate de un fin arbitrario, que pueda contradecir los valores, principios y algún precepto de la Constitución.

D) Congruencia. También es necesario que tales situaciones discriminatorias, para valorarlas como legítimas, sean congruentes. Esto es, que exista una congruencia entre la situación discriminatoria y el fin que se persigue con la situación de desigualdad. El Tribunal Constitucional lo ha venido señalando como una "relación directa y razonable" con la finalidad perseguida[157].

E) Proporcionalidad. Las diferencias de trato que se deriven de tal distinción deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida, evitando de este modo, resultados gravosos o desmedidos. En conclusión, "no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede

[155] STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 1.
[156] STC 14/ 1985, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 3.
[157] STC 114/1987, de 6 de julio, Fundamento Jurídico 5.

constitucional sobre la relación existente entre la media adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida"[158].

En conclusión, el Derecho a la Igualdad contempla en su precepto unas razones concretas de discriminación, no siendo éstas una lista cerrada de supuestos discriminatorios[159]. Pero sí presenta históricamente una práctica de los poderes públicos en los que se discriminaba a sectores de la población sin justificación, simplemente por motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe.

Por ello, ya sea una actuación de los poderes públicos discriminatoria basada en dichas razones o en otras –aunque tenga que realizarse un juicio de valor más exhaustivo cuando se discrimina por dichas causas-[160] es necesario para ver si es lícito o no, y por ende si se deriva del mandato constitucional de eliminar obstáculos que impidan la igualdad, que aquellos sujetos que se discrimina frente a otros se encuentren en distinta situación de hecho, que además tenga una finalidad legítima y admisible, que guarde una estrecha vinculación entre la situación discriminatoria y la finalidad perseguida, y por último, que sea proporcional con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica[161].

Pasamos ahora a analizar la llamada discriminación positiva, mandato que, como ya hemos dicho anteriormente en varias ocasiones, tienen los poderes públicos para situar en "pie de igualdad" a los grupos sociales que se encuentran más desfavorecidos respecto de otros grupos sociales.

1.4.4. Discriminación positiva

La discriminación positiva conlleva a los poderes públicos a crear situaciones de favorecimiento en favor de ciertos grupos sociales que se encuentran históricamente

[158] STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 3.
[159] STC 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 3.
[160] STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 3; STC 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 5; STC 166/1988, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 2.
[161] STC 119/2002, de 20 de mayo, Fundamento Jurídico 3; STC 27/2004, de 4 de marzo, Fundamento Jurídico 4.

marginados y preteridos, a fin de que, como dice el Tribunal Constitucional[162], mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o corregida una situación de desigualdad social. Esto es llamado discriminación positiva.

Por su parte, el Consejo de Europa establece su propia definición del concepto de discriminación positiva como "estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas y sistemas sociales"[163] . El artículo 23 de la Carta Europea de Derechos Humanos consagra las acciones positivas al establecer que "el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado"[164].

En España, donde se ha utilizado más la discriminación positiva ha sido en la discriminación por razón de sexo, con la finalidad de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. Esto ha hecho que los poderes públicos adopten medidas para incorporar a la mujer a aquellos ámbitos sociales donde se encuentra más desprotegida. Por poner un ejemplo, citamos el sistema de cuotas electorales; dado que la mujer históricamente ha estado relegada al ámbito privado, lo que en Alemania se ha denominado como las tres Kas[165] (*Kirche, Kinder, Küchen*) y por lo tanto, ha quedado ausente en el plano público. En España, para paliar esta situación y obtener una mayor aparición de la mujer en los círculos de poder, se han creado los sistemas de cuotas electorales[166], esto es, la reserva de plazas en las listas electorales de los partidos políticos nacionales para que sean ocupadas por mujeres, dando como resultado una aparición significativa de la mujer en el mundo de la política. Fueros los partidos políticos los que promovieron esta herramienta igualitaria, de tal forma que las mujeres

[162] STC 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 6.
[163] Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa.
[164] GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Derecho constitucional europeo*, Sanz y Torres, Madrid, 2015, pág. 93. Véase también a FERNÁNDEZ CHACÓN, I. Acción positiva vs discriminación positiva, en *Historia iuris*: *Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, KRK: Universidad de Oviedo, vol. 1, Oviedo, 2014, págs. 619-639.
[165] BOCK G. *La mujer en la historia de Europa*, Crítica, Barcelona, 2001, pág. 57.
[166] SÁNCHEZ, J. M. y DIESTRO FERNÁNDEZ, A. *La nueva gobernanza. La participación de la mujer en la política de la Unión Europea*, Oficina de promoción económica y empleo del excelentísimo Ayuntamiento de Salamanca, Salamanca, 2005, pág. 10. AGUILAR MUÑOZ, A. "Igualdad, discriminación y acción positiva", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 249, Madrid, 2013, págs. 111-124.

integran un determinado número o porcentaje, ya sea en las listas electorales, en un comité o asamblea parlamentaria, todo ello con la idea de que no queden fuera de la vida pública[167].

Es importante destacar que no solo hemos tenido el sistema de cuotas como política de discriminación positiva. Así, cabe mencionar las ya citadas leyes LVIG y la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de hombres y mujeres. Con la primera, se ha castigado con una pena mayor la violencia del hombre a la mujer, con la finalidad de eliminar conductas que históricamente se ha venido produciendo en el seno de la familia, y que en los últimos tiempos se han incrementado notablemente. Y, con la segunda, se ha tendido a corregir las discriminaciones sociales que obstaculizan a las mujeres, tanto en su desarrollo profesional y personal en condiciones de igualdad respecto de los hombres, y teniendo como objetivo conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la vida social, política y económica de España[168].

En definitiva, y trayendo a colación aquí lo que el Tribunal Constitucional[169] ha afirmado, la discriminación positiva que se produce a favor de la mujer, que es el tema principal de nuestro trabajo, no puede ser una razón suficiente para poder justificar una diferenciación de trato. Así pues, para que se lleve a cabo el mandato constitucional recogido en el artículo 9.2 de la Constitución dentro de la legalidad, es necesario que todo trato discriminatorio a favor de un grupo social más desaventajado cumpla dos requisitos, es decir, que se trate de una situación discriminatoria justificada y razonable. Así, en el caso de la mujer, todo trato de favor a este grupo social más desfavorecido respecto del sexo masculino tiene que estar justificado en la eliminación de los obstáculos que históricamente han impedido que la mujer se desarrolle en plena igualdad respecto del hombre, y además de ser justificado, deben ser razonables las medidas que se adopten; evidentemente, unas medidas que perjudiquen al hombre y que no sean proporcionales con el objetivo principal de las mismas, no van a ser nunca lícitas.

[167] STC 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3.
[168] LÓPEZ LÓPEZ, J. "Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de gendermainstreaming y empowerment", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extraordinario*, núm. 2, Madrid, 2007, págs. 53-67.
[169] STC 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 10.

Vamos ahora a analizar la igualdad en la aplicación de la ley, una vez que ya hemos visto el motivo por lo que los poderes públicos pueden crear leyes discriminatorias, de forma justificada y sin caer en ilegalidad, basándose en la discriminación positiva.

1.4.5. La igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad ante la ley y en la ley es un mandato dirigido especialmente al legislador, que es el encargado de la elaboración de las leyes. Sin embargo, la igualdad en la aplicación de la ley afecta a dos poderes, al ejecutivo y al judicial, y les atañe de manera distinta.

A) Poder ejecutivo

La administración se halla vinculada por el cumplimiento de dicho principio y con el sometimiento a la ley y al Derecho, no pudiendo así otorgar un trato desigual a quienes se encuentran en situaciones idénticas. Sin embargo, esta vinculación deberá de ser relativizada, pues dependerá de lo que analicen los tribunales tras la revisión jurisdiccional de los actos administrativos. Siguiendo a López Guerra, para saber si se ha producido una violación del principio de igualdad por parte de la administración, el órgano judicial, en las sentencias que enjuicien posibles actividades administrativas que hayan sido impugnadas por supuesta vulneración del principio, deberá realizar una valoración sobre cómo se aplicó dicho principio[170].

Las actividades administrativas que sean contrarias a ese principio de igualdad serán impugnadas en sede jurisdiccional, y verificadas aquí. Los precedentes administrativos serán sometidos a una comparación, dejando de tener efectos cuando los tribunales se hayan pronunciado acerca de la interpretación de la ley respecto a la actuación administrativa de que se trate.

[170] LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional*, Óp. cit., pág. 194. OLLERO TASSARA, A. *Relevancia constitucional de igualdad*, Óp. cit., págs. 548-551. Véase a SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. "La igualdad en la aplicación de la ley", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 2197-2208. GIL CERDÁ, S. "La igualdad real y efectiva, ¿una realidad?", *Revista de la Guardia Civil*, núm. 56, Madrid, 2018, págs. 63-65.

B) Poder judicial

El principio de igualdad en la aplicación de la ley deberá de ser respetado por los órganos jurisdiccionales. Esto implica que "que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin fundamentación suficiente y razonable, si bien el cambio de criterio puede estar motivado expresamente o desprenderse de la propia resolución o de otros elementos de juicio externos"[171]. Como vemos, el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene una problemática, pues es difícil resolver a veces, siempre en los mismos términos, sobre supuestos que se pretenden iguales[172]. No se trata de realizar una aplicación mecánica de dicho principio, sino de no caer en un pronunciamiento arbitrario por incurrir en desigualdades que no están justificados en un cambio de criterio. Este quebrantamiento del principio de igualdad[173] deberá ser valorado desde la perspectiva de que los pronunciamientos contradictorios procedan de un mismo tribunal, pues no hay que olvidar la independencia de los órganos jurisdiccionales y su posibilidad de interpretar las normas jurídicas en sentido diferente a la realizada por otros órganos jurisdiccionales. Y si aún así procede de un mismo tribunal, será necesaria una justificación argumentativa del cambio de criterio seguido por el órgano judicial.

Dicho en otros términos, solo es posible alegar violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando tal desigualdad proceda de un mismo órgano judicial, no siendo admisible comparar resoluciones judiciales que procedan de órganos distintos, fundamentándolo en la independencia judicial. Y deberá en segundo lugar valorar si el órgano judicial cambió de criterio de forma justificada y razonable. No se puede impedir que los órganos judiciales vuelvan a examinar sus propias resoluciones anteriores adaptando la interpretación de la norma a una realidad social dada en cada momento[174].

Vamos ahora a identificar las normas internacionales y nacionales donde se encuentra regulada la cláusula de igualdad, tras haber analizados las distintas

[171] STC 144/1988, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 3.
[172] MORENO PÉREZ, J. M. "El principio de igualdad en la aplicación de la ley; supervivencia en el ámbito de la doctrina constitucional", *Temas Laborales*, núm. 73, Sevilla, 2004, págs. 327-334.
[173] GIL CERDÁ, S. *Igualdad real y efectiva ¿una realidad?*, Óp. cit., pág. 64.
[174] STC 141/1994, de 9 de mayo, Fundamento Jurídico 2.

perspectivas del Derecho a la igualdad: igualdad como derecho, igualdad ante la ley y en la ley, discriminación positiva y la igualdad en la aplicación de la ley.

1.4.6. Regulación nacional y supranacional de la cláusula general de igualdad

Los Tratados Internacionales suscritos por España en relación con el principio de igualdad se encuentran en las grandes Declaraciones Internacionales de Derechos. Cabe citar aquí la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 1, 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (artículos2.2º y 3º); la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de20 de noviembre de 1959 (artículos 1 y 10); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 (artículo 17); y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 20, 21 y 23) Destaca también la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, la Declaración de la Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la raza y los prejuicios raciales de 27 de noviembre de 1978, la Convención sobre derechos políticos de la mujer de 20 de diciembre de 1952, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 y el Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999, el Convenio sobre igualdad de remuneración de 29 de junio de 1951, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 25 de junio de 1958, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1960, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en religión o las convicciones de 25 de noviembre de 1981, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de18 de diciembre de 1992, y el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

En el ámbito de la Unión Europea el reconocimiento de la igualdad ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo. Remontándonos al origen, hay que señalar que en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 no existía una política comunitaria en materia de igualdad, aunque sí referencias al tema, atendiendo a la finalidad de asegurar la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el empleo, especialmente en las retribuciones[175]. Posteriormente, con el Tratado de la Unión Europea, en 1992, se reconocía el respeto a los Derechos Fundamentales por parte de la Unión Europea, pero no se recogía ninguna mención directa al principio de igualdad. En el caso del Tratado de la Comunidad europea sí recogía de nuevo una igualdad de retribuciones manteniendo la redacción del ya citado artículo 119 del Tribunal Constitucional, y se reiteraba en el Protocolo núm. 14 Anejo al Tribunal Constitucional en lo relativo a la Política Social. No será hasta 1997, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, cuando se introduzca el carácter transversal del principio de igualdad -todos los poderes públicos deben de tener en cuenta la igualdad entre las personas a la hora de llevar a cabo sus actividades-, y que modifica a los anteriores, consagrando tal carácter en los artículos 2 y 3[176].

En el primer año de este siglo se aprueba el Tratado de Niza de 2001, que reforma a los anteriores tratados, y que recoge que el artículo 2 del Tratado de Niza refuerza la protección de los derechos de los ciudadanos europeos y el mantenimiento y desarrollo de la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia. Por lo que respecta a las previsiones del Tratado de la Comunidad Europea, sí encontrábamos una regulación específica de la igualdad entre hombres y mujeres, y se integra como uno de los objetivos de la Comunidad. Por su parte, el artículo 13 habilita al Consejo para "adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"[177].

---

[175] Art. 119 TCCE. La Resolución de la Conferencia de los Estados Miembros de 30 de diciembre de 1961 ya abogó por la necesidad de equiparar los salarios. GONZÁLEZ BUSTOS, M. *La mujer ante el ordenamiento jurídico soluciones a realidades de género*, Atelier, Madrid, 2009, págs. 19-54. MEDIAVILLA CRUZ, M. "La igualdad en el ámbito judicial comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 67, Madrid, 2007, págs. 227-240.

[176] https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-amsterdam

[177] FREIXES SANJUÁN, T. *Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres, Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los Derechos Humanos en el siglo XXI*,

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es el momento en el que se consigue analizar el tratamiento que tiene la igualdad en las versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así tenemos en el Tratado de la Unión Europea:

a. La igualdad como valor. Se recoge en el artículo 2 del Tratado que consagra como valores de la Unión, la igualdad, la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres.

b. La igualdad como derecho. Tal consideración se recoge en el artículo 6 del TUE y reconoce los derechos, libertades y principios de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de Diciembre de 2000, otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados.

c. La igualdad como principio de actuación. Se consagra en el artículo 3 TUE, estableciendo expresamente que "la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará (…) la igualdad entre hombres y mujeres". Más adelante, en su artículo 21, se prevé que se tenga en cuenta el principio de igualdad en la acción exterior de la Unión junto al respeto de los Derechos Humanos y a la dignidad de las personas, así como la defensa de los valores e intereses europeos en las relaciones internacionales.

Por otro lado, el Tratado de Lisboa introduce novedades destacables en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que respecta a la igualdad de trato, las cuestiones más relevantes se encuentran en el reconocimiento del carácter transversal que introducía el Tratado de Ámsterdam, y que daba un concepto del *Mainstreaming* de género, definido por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas: «Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual

Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 173-222.

que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros".

Así pues, se prevé que todas las acciones de la Unión, según el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[178], tienen como objetivo eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Finalmente, se introducen en dicho tratado disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la política social entre cuyos objetivos se integran la mejora en las condiciones de vida, de trabajo y la equiparación de una protección social adecuada y lucha contra las exclusiones, entre otros (artículos 151-161) Por último, el artículo 157 del TFUE establece que cada Estado Miembro deberá garantizar la igualdad de retribución para el mismo trabajo o uno de igual valor. Y se prevé que puedan adoptarse medidas para garantizar la aplicación de la igualdad y mantener la posibilidad de los Estados miembros para que puedan ofrecer ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de las actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

En cuanto a las resoluciones de organismos internacionales y supranacionales sobre aspectos concretos de la igualdad, cabe citar, en el ámbito de las Organización de Naciones Unidas[179], tres muy destacadas: la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la discriminación o las convicciones de 25 de noviembre de 1981, la Declaración de la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la raza y los prejuicios raciales de 27 de noviembre de 1978, y la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 18 de diciembre de 1992.

[178] En adelante TFUE.
[179] En adelante ONU.

En el seno de la Unión Europea se han dictado multitud de normas "derivadas" de interés en la materia, como la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986, la Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo, o la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y promoción profesional y a las condiciones de trabajo[180].

1.5. Consideraciones últimas

En este primer capítulo del trabajo hemos tratado de analizar la cláusula general de igualdad, respondiendo a la interrogante principal de si el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental.

Para ello hemos empezado por responder a la pregunta; ¿qué es el Derecho aplicable? Decíamos que se trata de un concepto que desde el punto de vista de la filosofía del Derecho presenta una diversidad de definiciones dependiendo del autor que lo realiza, según sea más iusnaturalista o positivista. Nosotros somos partidarios de definir el concepto de Derecho desde una perspectiva positivista considerando que el Derecho es el conjunto de normas que regulan las conductas de los ciudadanos, imponiendo límites a su libertad, ya que cuando se llevan a cabo actos contrarios a

[180] GÁLVEZ MUÑOZ, L. *Cláusula general de igualdad*, Óp. cit., pág. 200-202. PICO LORENZO, C. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, Madrid, 2009.
QUESADA SEGURA, R. "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3, Madrid, 2007, págs. 53-75. Para ampliar más y ver la bibliografía que ha suscitado el tratamiento de la igualdad en el ámbito Europeo, véase a FREIXES SANJUÁN, T. *Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres, Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 173-222. FERNÁNDEZ LIESA, C. "El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre el hombre y la mujer y el Tratado de Ámsterdam", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 269-292. VALENCIANO, E. "La igualdad de género y la defensa de los derechos de las mujeres en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam", en *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002, págs. 249-277.

Derecho, el efecto que se tiene es la sanción. Sin embargo, teniendo en cuenta siempre la igualdad de las personas, que es la cláusula principal de un Estado Social, Democrático y de Derecho, ya que sin ella sería imposible cumplir con el mandato constitucional, las normas tienen que ser iguales para todos, y los órganos que las aplican deben ser los mismos con independencia de la condición social que tengan los sujetos.

El Derecho es una creación humana para establecer un orden entre las personas, para conseguir una convivencia pacífica y en armonía, así como ha sido objeto de un cambio evolutivo dentro de nuestra historia, ya que, aunque el concepto de Derecho no cambie, lo que sí cambian son las normas que hacen que el Derecho exista, adaptándose a la realidad social del momento en el que son aplicadas; por ello, lo que en un momento era lícito, puede que ahora no lo sea. Todas estas normas deben, por lo tanto, regular el comportamiento de los seres humanos.

Hemos afirmado que el concepto de Derecho depende del autor que presente dicho concepto, según sea tendente a defender una corriente iusnaturalista o positivista. Para los iusnaturalistas, el Derecho es un conjunto de normas que emanan de la propia naturaleza humana, considerando que las leyes vienen impuestas, con independencia de la voluntad humana. Consideran así que existe un Derecho natural distinto y superior al Derecho positivo. Sin embargo, la corriente positivista defiende que el Derecho es creado por el ser humano, y que no existe un Derecho superior al Derecho positivo.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el Derecho real es aquel que crea el ser humano, considerándose válidas las normas que han sido creadas y que forman parte del ordenamiento jurídico. No hablamos así de normas justas o injustas, porque pensamos que el concepto de justicia depende de la concepción que tenga cada persona. Véase como una ley es válida y hay que cumplirla cuando ha sido creada por el poder legislativo; sin embargo, puede ser justa para unos mientras que para otros es totalmente injusta. Es cierto que tiene una influencia histórica, ya que dependerá del momento social en el que nos encontremos para reforzar esa mayor justicia o injusticia. En otras palabras, hay leyes que eran válidas, que el ser humano había creado y que los

ciudadanos tenían que respetar, y que en ese momento de la historia se consideraban justas por la mayor parte de la sociedad, y sin embargo esa misma ley, aplicada al momento actual, si fuera adoptada, se consideraría injusta por un sector bastante amplio de la población.

Tras este análisis del concepto de Derecho y del Iusnaturalismo y el Positivismo, se ha considerado necesario, para responder a la pregunta que planteábamos sobre si el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental, analizar los Derechos Fundamentales y en concreto la cláusula general de Igualdad.

Los Derechos Fundamentales son aquellos Derechos subjetivos a los que la Constitución les otorga una protección especial, y que junto con los demás Derechos, forman el elenco de Derechos subjetivos propios del ser humano. Nuestra Constitución Española enumera como Derechos Fundamentales los recogidos en los artículos 15-29. Sin embargo, el Derecho a la Igualdad queda fuera de los que son considerados como Derechos Fundamentales. Por ello se presenta la pregunta de si el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental. Sin embargo, la Igualdad no solamente es considerada como Derecho, sino que la Constitución considera que se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico y un principio constitucional, y por ello, desde nuestra perspectiva, creemos que es el motivo por el que el constituyente dio esa posición al artículo 14 de la Constitución Española, es decir, dentro del Título I, del Capítulo Segundo de la Constitución, pero fuera de ambas secciones.

En otras palabras, el hecho de que la igualdad sea un valor superior y un principio constitucional, hacen que se convierta en un Derecho Fundamental, sirviendo como pórtico de entrada al elenco de derechos que la Constitución enumera. Realmente, la Igualdad es el eje principal de nuestro ordenamiento jurídico, y alrededor de ella es donde gira todo el elenco de derechos y deberes de los ciudadanos; por ello, creemos que tiene una posición estratégica dentro de nuestra Constitución Española, pues, repetimos que es el pórtico de entrada no solo a los Derechos subjetivos sino también a los deberes de las personas. Por ello mismo, aunque no esté dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Texto Constitucional, la convierte en un Derecho

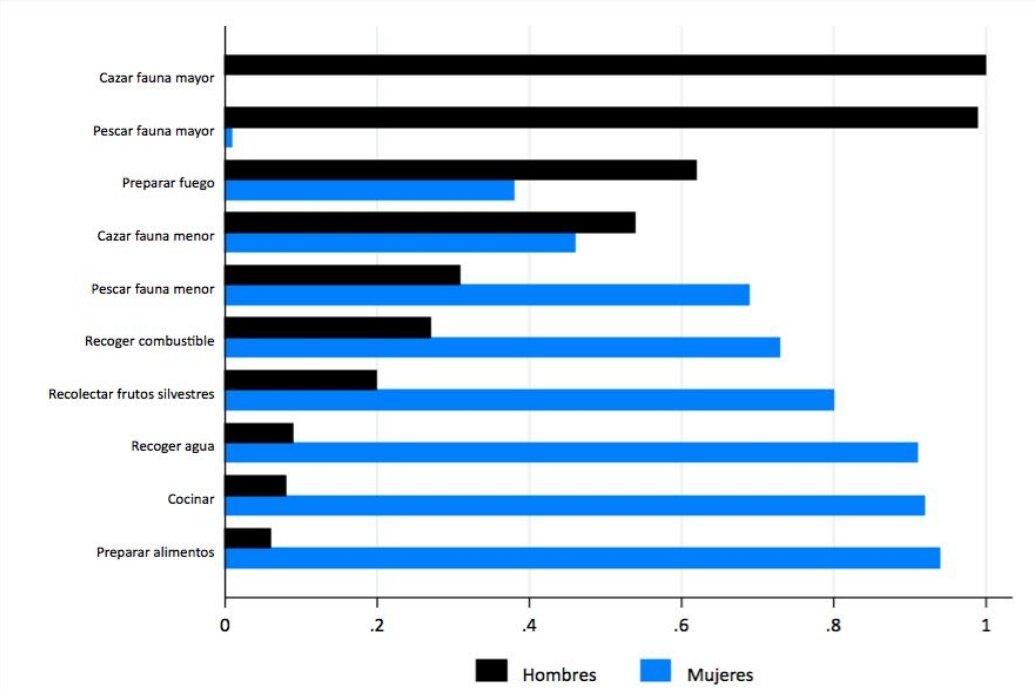
Fundamental, un Derecho sin el cual no podríamos conseguir un Estado Social y Democrático de Derecho, porque para que exista esto es necesario que exista igualdad entre todos los seres humanos, de lo contrario, estaríamos ante cualquier otro Estado pero no éste, en el que lo más importante es que las leyes sean iguales para las personas, que las leyes se apliquen por igual para todas ellas, y donde además, gracias a la discriminación positiva, se pueda conseguir que aquellos grupos sociales que no disfrutan de esa igualad, cuenten con que los poderes públicos intervengan creando situaciones discriminatorias que sean utilizadas para alcanzar esa igualdad real y efectiva entre toda la ciudadanía.

Así pues, el fundamento de la persecución legal de la violencia de género se encuentra en el Derecho a la Igualdad, es decir, el hecho de castigar más duramente, como se verá, unas conductas u otras, dependiendo del sujeto activo y pasivo, basándose en la discriminación positiva, es decir, en la necesidad de que, para eliminar una desigualdad histórica que se ha fraguado durante siglos, manifestada en la violencia hacia la mujer, se hayan creado elementos discriminatorios que perjudican al sexo masculino, pero que benefician al femenino, dentro de la legalidad. Esos mecanismos, evidentemente, deberán de ser justificados y razonables para que sean considerados legales.

CAPÍTULO 2: La igualdad de género

2.1. Introducción

Desde el inicio del proceso de civilización la mujer ha estado completamente subordinada al hombre, situación que, si bien en épocas pasadas era considerada normal, dentro de nuestra sociedad se considera inconcebible. Véase cómo en la Edad Media la mujer quedaba al cuidado de los hijos y era el hombre el que se encargaba del sustento[181] y luchaba por la protección de la familia. En el siguiente cuadro podemos observar las actividades que realizaban los hombres, y las que realizaban las mujeres.



[182]

[181] DÍEZ MINGUELA, A. *Desigualdad de Género: ¿Por qué importa la historia? (I),* Politikon, Madrid, 2015, pág. 1.
[182] *Ibídem*, pág. 1.

Esta situación se ha venido reflejando en épocas posteriores, trascendiendo las fronteras de lo racional hasta llegar a comportamientos agresivos, que acreditados por el patriarcado y ratificados luego por las sociedades ulteriores, conforman la ya histórica y universal violencia de género[183]. Paulatinamente se ha ido cambiando las relaciones entre hombres y mujeres, adaptándose a los nuevos factores económicos, sociales y políticos de cada momento. Por ejemplo, durante el siglo pasado, la incorporación de un gran número de mujeres al trabajo ha alterado considerablemente las relaciones entre ambos sexos. Esto ha dado lugar al espacio público del género, que es hoy día un debate vigente en términos de derecho y de igualdad[184].

Durante los últimos cincuenta años, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil han desplegado sus esfuerzos con el fin de formular y aplicar políticas capaces de crear un equilibro de igualdad entre el hombre y la mujer, teniendo en cuenta ciertos aspectos específicos de cada sexo. Sin embargo, para lograr la plena igualdad de género persisten ciertos obstáculos que deben subsanarse. De esta forma, la igualdad de género, no significa que el hombre y la mujer tengan que ser idénticos, sino que los derechos, las oportunidades y los recursos que puedan conseguirse no dependan del sexo con el que han nacido, sino de las características personales, por el hecho de ser persona.

Así pues, en las líneas siguientes se va a tratar el marco contextual para establecer una línea evolutiva sobre la desigualdad existente entre el hombre y la mujer.

2.2. Marco histórico y evolutivo de la desigualdad entre el hombre y la mujer

La situación de desigualdad entre el hombre y la mujer no es un fenómeno actual. Podemos remontarnos al año 3000 a. C, época en la que la mujer era apartada de la sucesión, perteneciendo los hijos solamente al padre. El jefe o "patriarca" era el varón, y

[183] PAEZ CUBA, L. D. *Génesis y evolución histórica de la violencia de género, Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Málaga, 2011, pág. 5. En este sentido podemos también ver a DE VEGA RUIZ, J. A. *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Aranzadi, Madrid, 1999, pág. 10.

[184] MARTÍNEZ MUÑOZ, J. A. "Igualdad jurídica y de género, Anuario de Derechos Humanos", *Nueva Época*, vol. 10, Madrid, 2009, pág. 2. Véase CAREAGA, P. *El libro del buen haber. Una apuesta por un lenguaje no sexista*, Fundación Mujeres, Madrid, 2002, pág. 243.

al que se le permitía la infidelidad, quedando estrictamente restringida y castigada para la mujer.

En el siglo V-XI las leyes bizantinas establecían que el marido era un Dios al que la mujer debía adorar[185]. Hay testimonios en la India que aseguran que, si la mujer enviudaba en esas épocas, era quemada viva junto al cadáver del esposo en una ceremonia llamaba Sati, acto éste que quedaba incluido dentro de las obligaciones como esposa. Además, la mujer infecunda era repudiada, al igual que la que gestaba sólo hijas; y en las comunidades de Irán y Etiopía el nacimiento de una mujer era una deshonra, siendo incluso este vocablo sinónimo de bajeza, debilidad y desgracia[186].

Es en la Antigüedad clásica donde se asientan las ideas de desigualdad de la mujer que llegan a nuestros días. En esta época la mujer encarcelada no tenía ningún trato de favor, al contrario, las penas se endurecían. Podían ser agredidas sexualmente por el carcelero, y obligadas a la realización de labores de costura. Con la aparición del Derecho Romano la capacidad legal de la mujer queda especialmente reducida. No faltan autores[187] que han señalado que la discriminación de la mujer en la sociedad fue la primera forma de explotación existente, incluso antes que la esclavitud.

En el Antiguo Egipto y en Esparta, fuera de la religión, la mujer ha tenido un papel muy importante en la sociedad y en la familia; de hecho, la mujer y el hombre eran iguales ante la ley. Al casarse, la mujer mantenía su nombre, con el añadido «esposa de X», esto último era meramente un acto formal donde se ratificaba el hecho de que el hombre y la mujer deseaban convivir[188]. De hecho, en esta época, la mujer podía ocupar

---

185 PAEZ CUBA, L. D. *Génesis y evolución histórica de la violencia de género. Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Óp. cit., pág. 2. PERALES AGUSTÍ, M. "La herencia judía y su significado en una sociedad judeocristiana", *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 4, Madrid, 2015, págs. 65-90.

186 PAEZ CUBA, L. D. *Génesis y evolución histórica de la violencia de género, Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Óp. cit., pág. 2.

187 RUIZ CARBONELL, J. "La evolución histórica de la igualdad entre hombres y mujeres en México", *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, México D. F., 2019, pág. 1.

188 CHRISTIAN, J. *Las egipcias: retratos de las mujeres del Egipto faraónico*, Planeta De Agostini, Barcelona, 2011, págs. 84-395. BROWN P. *Aspects of the Christianization of the Roman Aristocracy, The Journal of Roman studies*, 1961, págs. 1-11. CASTELLI, A. "Gender, theory and the rise of Christianity.

cargos públicos importantes. La intervención de la mujer en el proceso social y económico era bastante relevante en Esparta. La mujer espartana disfrutaba de una relativa libertad y autonomía, que les permitía ocuparse de actividades comerciales o literarias, entre otras posibilidades.

Uno de los acontecimientos más importantes para la mujer fueron los movimientos surgidos durante la época de la Revolución Francesa, ya que fueron los pioneros en las luchas para conseguir la igualdad[189]. Así, el 26 de agosto de 1789 se aprueba la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", y aunque no se refiere a la condición de la mujer ni a la esclavitud, fue un documento precursor de los derechos humanos[190]. Con Olympe de Gauges, en 1791, se proclamó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, momento en el que las mujeres entraron en la historia de los Derechos Humanos[191].

En lo que respecta a los países no europeos, las leyes actualmente son muy impactantes. De hecho, en marzo del 2006 se recogía que al menos 36 países mantenían normas que discriminaban a la mujer por el mero hecho de serlo. Véase cómo en el siglo XX se aprobó un Decreto suscrito por Arabia Saudita, Kuwait, Emiratos Árabes, Irán e Irak, firmado en 1990, donde se permite asesinar a las mujeres de la familia si incurren en adulterio o deshonra, el que resulte posible apedrearlas hasta la muerte[192]. Como se puede observar existen países donde la discriminación entre el hombre y la mujer está muy presente, y lejos de adoptar políticas públicas para acabar con ella se crean leyes que permiten tales conductas.

A response to a Rodney Stark", *Journal of early Christian studies*, Jonhs Hopkins, Baltimore, Maryland, 1998, págs. 227-257.

[189] RUIZ CARBONELL, R. "La evolución histórica de la igualdad entre hombres y mujeres en México", *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, México D. F., 2019, pág. 1.

[190] DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE VIRGINIA 12 de julio 1776.

[191] LÓPEZ LÓPEZ, P. *Ética y derechos humanos para Biblioteca y archivos,* Abad, Madrid, 2013, págs. 43-50.

[192] NOGUEIRA, C. 36 países mantienen la discriminación de las mujeres en sus leyes nacionales, Periódico El Mundo, artículo 7 de marzo del 2006. https://elpais.com/diario/2006/03/07/sociedad/1141686008_850215.html.

Sin embargo, los países europeos han avanzado más rápidamente en lo que respecta al tema de la igualdad, siendo un objetivo principal para la Comunidad Europea e imponiendo la obligación a los Estados Miembros de promover la igualdad de trato y la no discriminación entre hombres y mujeres dentro de todas las actividades que se realicen, como son el acceso al empleo, la formación profesional, la promoción y las condiciones de trabajo.

Centrándonos en España, el momento de avance más importante se produce con la II República. Así, con la Constitución de 1931 se plantea por primera vez la igualdad de sexos y se reconoce la participación de la mujer en la vida política[193]. En el artículo 36 de dicha Constitución se reconoció el derecho de voto a todos los ciudadanos con independencia del sexo y en el artículo 53 el derecho de los hombres y mujeres a ser elegidos como diputados. Así, el artículo 25 afirmaba que no se aceptaban "privilegios jurídicos por razones de sexo", y el artículo 23 recogía que las extranjeras casadas con españoles podían conservar su propia nacionalidad. En lo que respecta al matrimonio el artículo 43 reconocía la igualdad de derechos dentro del matrimonio y anulaba el concepto de ilegitimidad en los hijos naturales. Por último, los artículos 33 y 40 relacionaban el mundo laboral y la mujer, y se afirmaba la libertad de elección laboral, de forma que todos los nacionales serían admisibles en los empleos sin distinción de sexo.

Posteriormente, tras la Guerra Civil, y durante el régimen dictatorial hasta 1975, los derechos de la mujer se ven limitados, produciéndose un retroceso, y donde todo lo que había obtenido la mujer quedaba restringido al mínimo, llegando a necesitar el permiso del marido para poder trabajar. Se la consideraba además, objeto de procreación e inclusive, y ante el hecho de que la religión católica fuera la oficial, el uso de anticonceptivos y el aborto estaban terminantemente prohibidos, salvo el aborto por "honoris causa", esto es, el aborto o infanticidio realizado para ocultar la "deshonra de la mujer" o más bien, el de la familia. De ahí que el titular de dicha honra, el "cabeza de familia", ejerciese un control absoluto sobre la sexualidad de "sus" mujeres, aplicando

[193] Constitución de 1931 aprobada el 9 de diciembre de 1931 por las Cortes Constituyentes, tras la proclamación de la Segunda República.

normas muy estrictas acerca de lo que se entendía como comportamiento honesto o deshonesto[194].

La familia era una jerarquía en la que la mujer estaba supeditada al varón y los hijos a los padres. La revista de la Sección Femenina, liderada por Pilar Primo de Rivera, enseñaba a las mujeres a comportarse, siempre supeditadas al hombre, sin derechos, sin opiniones, siempre sumisas. Hasta 1968 se castigaba con pena de destierro al marido que descubriendo a su mujer en adulterio matara a los adúlteros o les causara lesiones graves. Sin embargo, no existía el mismo delito para la mujer que sorprendiera a su marido en análogas circunstancias. Y es curioso cómo queda exento en caso de que las lesiones fueran leves, según el artículo 428 del Código Penal preconstitucional[195].

Hasta 1979 la infidelidad masculina no era denominada adulterio sino amancebamiento, y solo se castigaba cuando la mujer era mantenida en el domicilio conyugal o notoriamente fuera de él. Sin embargo, la mujer adúltera era castigada con una pena de prisión de seis años[196]. Los tradistas justificaban la diferencia en que los perjuicios que podía acarrear en el orden familiar el adulterio femenino era mayor "pues al violar la fe conyugal introduce o se expone a introducir hijos extraños en el hogar"[197].

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se empiezan a producir una serie de cambios legislativos hasta llegar a nuestros días. Esta evolución

---

[194] LAURENZO COPELLO, P. "La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal", Óp. cit., pág. 4. LARRAURI PIJOAN, E. "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 13, Madrid, 2009, págs. 37- 55.

[195] ORTUBAY FUENTES, M. "Diez años de la Ley Integral contra la violencia de género: luces y sombras", http://www.cmpa.es/datos/4937/Diez_a%C3%B1os_de_la_ley_integral-_Rev.31.pdf, pág. 4. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

[196] ACALE SÁNCHEZ, M. *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista,* Comares, Granada, 2010, págs. 61-117. Véase LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, Madrid, 2013, págs. 329-370. PÉREZ, F. y BERNABÉ, B. "Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?", *Anuario de Psicología Jurídica,* vol. 22, Madrid, 2012, págs. 37-46.

[197] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal español. Parte especial,* Dykinson, Madrid, 1975, pág. 175. Véase BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. *La violencia de género, aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007, pág. 108.

legislativa la veremos detenidamente en otro punto de este capítulo; hasta aquí hemos expuesto el marco evolutivo de una desigualdad que se está intentando eliminar, pero de la que todavía subsiste un significativo rescoldo.

Antes de acabar con este apartado, es importante abordar el tema de la religión y la influencia que ha tenido en la discriminación sexual. Las diferentes tradiciones religiosas se basarían en construcciones de género, es decir, en el sistema sociopolítico en el que el género masculino tienen supremacía sobre el género femenino. La importancia de las religiones en la sociedad ha sido tal que no solo se ha dejado a la mujer como un mero ser sin capacidad de decisión, sino como influencia para hacer que la sociedad siga arrastrando este pensamiento de desigualdad, y verlo en muchos casos como algo normal.

Dice el Génesis que se "castiga a la mujer" porque Eva come del fruto prohibido y señala: "multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces; con dolor darás a luz a los hijos; y tu deseo será para tu marido, y él se enseñoreará de ti"[198]. Así en el Deuteronomio, libro bíblico del Antiguo Testamento, se señala "cuando alguno tomará mujer y se casará con ella, si no le agradare por haber encontrado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio, y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa. Y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. Pero si la aborreciera este último, y la escribiera carta de divorcio, y se la entregara en su mano, y la despidiera de su casa (...), no podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después de que fue envilecida, porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios te da por heredad"[199].

En el Islam la mujer queda reducida ha señalado en el Sura 4, versículo 34: "Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a unos más que a otros y de los bienes que se gastan. Las mujeres virtuosas son devotas, y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Alá manda que cuide. ¡Amonestad a

[198] La Biblia "Génesis" 3:16.
[199] Deuterenomio 24:1 a 4.

aquellas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadlas! Si os obedecen no os metáis más con ellas"[200].

Como podemos percibir, y desde nuestro punto de vista, la mayoría de las religiones promueven la desigualdad entre el hombre y la mujer, considerando a la mujer como mero ser reproductor y cuidador de la familia, y de esta forma cabría considerar la idea de que la religión ha influido en ese pensamiento machista que considera todavía nuestra sociedad.

Vamos ahora a pasar a realizar un análisis del origen y evolución del término género, para posteriormente analizar la evolución de la igualad de género en el ámbito de la ONU, OIT, y Unión Europea.

2.3. La igualdad de género en el ámbito internacional y europeo

2.3.1. Origen y evolución del término género

El término género ha sido la consecuencia de corrientes de pensamiento que emergen en los años 70, protagonizadas por movimientos sociales como son el feminismo, ecologismo, pacifismo, entre otros, que han venido demandando transformaciones sociales, tanto a nivel nacional como internacional. Se abre de esta forma paso a la reivindicación del estudio de aquellos grupos marginales, en donde se encontraba la mujer[201]. Sonya O. Rose nos indica a este respecto: "El feminismo fue clave para estimular el interés y generar enfoques analíticos acerca de la historia de las mujeres. (…) La idea de que las mujeres deberían disfrutar, en todos los casos, de las mismas ventajas que los hombres impulsó a las investigadoras feministas a recuperar la historia no contada de las vidas de las mujeres en el pasado, a revelar las razones de la subordinación de las mujeres y a preguntarse acerca de la aparente omisión o exclusión de las mujeres en el relato histórico"[202]. Se trata de una momento histórico en el que se

[200] El Corán, Sura, 4 versículo 34.
[201] MORA BLEDA, E. "El paradigma género y mujeres en la historia del tiempo presente", *Revista de Historia Autónoma*, núm. 2, Madrid, 2013, pág. 147.
[202] ROSE, S. *¿Qué es Historia de Género?*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pág. 22.

empieza a dar voz a las mujeres[203], alumbrando a figuras que ya desde épocas pasadas, y adelantadas a sus tiempos, venían reconociendo derechos a las mujeres, como por ejemplo Virginia Woolf, conocida por dos de sus obras, *Una habitación propia* (1929) y *Tres Guineas* (1938); y Simone de Beauvoir, con su famosa cita: "No se nace mujer: se llega a serlo (…)" en *El Segundo Sexo* (1949). Existen casos también de hombres que promueven el reconocimiento de los derechos de la mujer, como por ejemplo, Polain de la Barre entre el siglo XVII y el XVIII.

Así pues, es en esta época cuando se empieza a impulsar que exista una categoría de género en las investigaciones reclamando la necesidad de realizar una diferencia no solo biológica sino además social, y poniendo de manifiesto, como señalan algunos autores, que el concepto de género y la diferenciación entre sexos se trata de una cuestión cultural y no biológica[204].

Por otro lado, los éxitos conseguidos en relación al reconocimiento de los derechos de la mujer, como son no solo el derecho de voto, sino el derecho a poder contraer matrimonio de forma libre, o el poder participar en el ejército, o incluso en los cargos de representación política, no ha sido fácil. Y todavía hoy queda mucho camino por recorrer, porque sigue habiendo zonas hostiles, donde todavía hoy la mujer sigue siendo discriminada; por ejemplo, mujeres con temor a quedarse embarazadas porque saben que pueden ser despedidas por el empresario.

Las líneas de investigación centradas en los estudios de género son cada vez más numerosas. Así, los estudios de impacto de género analizan la situación de ambos sexos ante una temática determinada con la intención de reducir las posibles diferencias entre hombres y mujeres. De esta forma la intención es adelantarse a las situaciones de discriminación que puedan darse, elaborando las estrategias necesarias y adecuadas para

[203] MORA BLEDA, E. *El paradigma género y mujeres en la historia del tiempo presente*, Óp. cit., pág. 147.

[204] RAMÍREZ BELMONTE, C. "Concepto de género; reflexiones", *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, Albacete, 2008, pág. 307. Hemos de añadir que existe un momento histórico e insólito en la sociedad española cuando en el año 2011 acudieron a votar un total de 17.662503 mujeres mientras que 16.634798 eran varones. Página web de la Oficina del Censo Electoral: "Elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011". Siendo por primera vez, el número de mujeres votantes mayores al de los hombres.

evitar situaciones indeseadas. El día que la discriminación positiva desaparezca, se habrá llegado a un punto de equilibrio, tanto a nivel teórico como práctico, siendo inútiles entonces los programas de género y las políticas públicas.

Vamos ahora a pasar a realizar un análisis de la evolución que ha tenido la igualdad de género en la ONU.

2.3.2. La igualdad de género en la Organización de Naciones Unidas

La igualdad de género, tal y como ha quedado dicho anteriormente, no solo es un Derecho Humano y Fundamental e imprescindible para lograr sociedades pacíficas, con pleno potencial humano y desarrollo sostenible. Darle a la mujer un mayor papel en la sociedad, se ha demostrado, estimula la productividad y el crecimiento económico[205].

No obstante, aún queda mucho para conseguir la plena igualdad. Por ello es necesario acabar con la violencia de género, y que el acceso a los recursos y a los medios sea igual tanto para hombres como para mujeres[206]. La ONU ha apoyado los derechos de la mujer desde la adopción de su carta fundacional. Entre sus propósitos, declaró en el artículo 1 de su Carta "realizar la cooperación internacional [...] en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". En el primer año de creación de la ONU, en 1945[207] , se fundó la Comisión

[205] Página de Naciones Unidas, véase en el siguiente enlace. http://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html. En el ámbito de América Latina y el Caribe, aunque no es un tema que se trate en este trabajo sí es cierto que en tales países la institucionalización de la desigualdad de género no ha sido un tema lineal, y a pesar de la creación del Plan de Acción de Beijing, todavía falta mucho por hacer. Así en este sentido tenemos; MONTESO CURTÓ, P. "Concepto de género, Mainstreaming e igualdad de oportunidades", *Revista ROL de enfermería*, vol. 33, núm. 5, Madrid, 2010, págs. 43-47.

[206] El Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Antonio Guterres, ha manifestado que conseguir la igualdad de género y empoderar a las mujeres y las niñas son tareas pendientes de nuestra época y constituyen el mayor desafío en materia de derechos humanos del mundo. Véase http://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html.

[207] En 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. Los delegados deliberaron sobre la base de propuestas preparadas por los representantes de China, la Unión Soviética, el Reino Unido, y los Estados Unidos en Dumbarton Oaks, Estados Unidos, entre agosto y octubre de 1944.

de la Condición jurídica y social de la mujer[208], como organismo internacional para la creación de políticas dedicadas exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer[209]. La Comisión de la Condición Jurídica y social de la mujer se reunió por primera vez en Lake Success, Nueva York, en febrero de 1947. Los 15 representantes gubernamentales que formaban la Comisión eran mujeres[210]. Dicha Comisión contó con el apoyo de una dependencia de las Naciones Unidas, convirtiéndose más adelante en la División para el adelanto de la mujer, y que dependería de la secretaría de las Naciones Unidas. Así, la Comisión establece una relación con las organizaciones no gubernamentales, aquéllas reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, siendo invitadas a participar en las sesiones de la Comisión en calidad de observadoras. Entre los años 1947 y 1962 la Comisión crea convenciones internacionales para cambiar las leyes discriminatorias y aumentar la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer[211].

En el año 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre "Derechos políticos de la mujer" recomienda a todos los Estados Miembros que adopten las medidas necesarias para conceder a las mujeres "los mismos derechos políticos que al hombre".

Posteriormente se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, que recoge en el artículo 1 que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[212]. Continúa en su artículo 2 que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". La Comisión, en sus aportaciones a la redacción de esta

[208] Resolución 11(II) del Consejo, de 21 de junio de 1946.
[209] Entre sus primeros logros, se encontró asegurar el uso neutro de la lengua en cuanto al género para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
[210] Véase más en la página http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history.
[211] Véase la siguiente página para completar más sobre las distintas convenciones internacionales http://www.un.org/es/rights/overview/conventions.shtml.
[212] Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración, defiende, haciéndolo con éxito, la necesidad de suprimir las referencias a "los hombres" como sinónimo de la humanidad, y logró incorporar un lenguaje nuevo y más inclusivo.

A esta Declaración la siguen las convenciones internacionales creadas por dicha Comisión sobre los derechos de la mujer, como son la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer en 1953, en el año 1957 la Convención Internacional sobre la nacionalidad de la mujer casada, y ya en el año 1962 la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio[213].

Ya en el año 1963[214] la Asamblea General de las Naciones Unidas solicita a la Comisión la elaboración de una Declaración[215] para la eliminación de la discriminación contra la mujer, aprobada en 1967. Pero todo esto no es suficiente, y para completar especialmente la Declaración de los Derechos Humanos se crea el Pacto Internacional de los derechos civiles[216] y políticos[217], y el pacto Internacional de los derechos sociales y culturales[218]. A partir de este momento el movimiento feminista internacional empieza a ganar un mayor esplendor en los años 70, lo cual hace que la Comisión recomiende a la Asamblea General de Naciones Unidas que se proclame el Año Internacional de la mujer en 1975, organizando así la primera conferencia mundial sobre la mujer, que tuvo lugar en la ciudad de México.

Posteriormente, se declarará el Decenio de las Naciones Unidas para la mujer, abarcando así los años 1976-1985, y se creará el Fondo de contribuciones voluntarias para el decenio. Posteriormente se celebraron más conferencias mundiales en

[213] Véase http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history.
[214] En este mismo año, el 20 de noviembre se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre todas las formas de discriminación racial.
[215] Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2263, 7 de noviembre de 1967.
[216] Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
[217] Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. Artículo 3 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos. En este mismo pacto, el artículo 23.4 recoge que "4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".
[218] Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Copenhague (1980) y Nairobi (1985). También se crearon nuevas oficinas de las Naciones Unidas dedicadas a las mujeres, en particular el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW). Será en 1979 cuando la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, llamada CEDAW[219], es elaborada, siendo a veces descrito como una Carta Internacional de Derechos Humanos para las mujeres[220], y en la que se define explícitamente la discriminación contra las mujeres estableciendo una hoja de ruta de acción nacional para poner fin a la misma[221].

En 1980 se celebró una Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer en Copenhague. El Programa de Acción resultante requería la adopción de medidas nacionales más rigurosas para asegurar que las mujeres tuvieran la posesión y el control de la propiedad, así como las menores en los derechos de la herencia, custodia de hijos y pérdida de la nacionalidad.

Posteriormente, en el año 1985, tiene lugar la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, en Nairobi. Se convocó en un momento en el que el movimiento por la igualdad de género finalmente había ganado verdadero reconocimiento mundial; al mismo tiempo, 15.000 representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG) participaron en un Foro de ONG[222]. El acontecimiento fue descrito por muchos como "el nacimiento del feminismo a nivel mundial". Al darse cuenta de que los objetivos de la Conferencia de Ciudad de México no se habían alcanzado adecuadamente, los 157 gobiernos participantes aprobaron las Estrategias de Nairobi Orientadas hacia el Futuro para el año 2000. El documento sentó nuevas bases al declarar que todos los asuntos afectaban a las mujeres.

---

[219] Es la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 187 países, el 96% de los existentes, entre ellos España, que la ratificó en 1984 y la publicó en el BOE el 21.de abril de 1984.

[220] Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

[221] Resolución 54/4/1999 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[222] Véase http://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html.

En 1987 la Comisión asumió el liderazgo de las labores de coordinación y promoción del trabajo del sistema de las Naciones Unidas en los asuntos económicos y sociales para el empoderamiento de la mujer. En este mismo periodo, la Comisión contribuyó a que, por primera vez, el problema de la violencia contra las mujeres figurara en el primer plano de los debates internacionales. Así, el 20 de diciembre de 1993 se aprueba la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, y en el año 1994 se nombra por la Comisión de Derechos Humanos una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con el mandato de investigar e informar sobre todos los aspectos de la violencia contra las mujeres. La Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer recogía "una definición clara y completa de la violencia contra la mujer, [y] una formulación clara de los derechos que han de aplicarse a fin de lograr la eliminación de la violencia contra la mujer en todas sus formas". Supuso "un compromiso por parte de los Estados de asumir sus responsabilidades, y un compromiso de la comunidad internacional para eliminar la violencia contra la mujer"[223].

Tras estas épocas de lucha por la igualdad, en el año 1995 se celebra la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, aprobándose la Declaración y plataforma de acción de Beijing. Tras la Conferencia, la Asamblea General dio a la Comisión el mandato de desempeñar un papel central en la supervisión de la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y de asesorar al Consejo Económico y Social en consecuencia. Como pedía la Plataforma de Acción, se creó una nueva oficina de las Naciones Unidas para la promoción de la igualdad de género: la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer.

La Plataforma de Acción firmada en Pekín se celebra en 1995 centrándose en doce «objetivos estratégicos: El concepto de "igualdad de participación en la adopción de decisiones», que en la Plataforma de Acción se describe textualmente en términos de «poder de intercesión sin el cual es muy poco probable que resulte viable la integración real de la igualdad en la formulación de políticas gubernamentales. [...] no sólo es una exigencia básica de justicia o democracia sino que puede considerarse una condición

[223] Véase http://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html.

necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer» (Naciones Unidas, 1995). La noción de «integración de la perspectiva de género», que se define textualmente en términos de «incorporar en todas las políticas y programas una perspectiva de género, de manera que antes de adoptar una decisión se analicen los efectos sobre la mujer y el hombre respectivamente» (Naciones Unidas, 1995).

En 1999 se crea el protocolo facultativo de la Convención que introduje el derecho de las mujeres a presentar una demanda cuando son víctimas de una discriminación. Al año siguiente se crean los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM), entre los que se encuentra: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover al igualdad entre género y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; fomentar una asociación mundial para el desarrollo[224].

La 23ª sesión especial de la Asamblea General bajo el lema «Mujeres 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo veintiuno» se celebró en la sede central de las Naciones Unidas en Nueva York del 5 al 9 de junio de 2000 y emitió una declaración política y un documento de resultados titulado «Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing», donde se asentaron los derechos y libertades fundamentales de la mujer y de la niña, y sobre la injusta discriminación que, en mayor o menor grado, ha persistido sobre ella y en casi todas las sociedades. Fue también una conferencia de compromisos de acción, que aprobaron por consenso los países, a modo de un programa comprensivo mundial para promover el mejoramiento de la condición de mujer en beneficio de la comunidad en su conjunto.

[224] En el Informe 2015 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se da cuenta del progreso alcanzado: A nivel mundial, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad. La cantidad de personas de la clase media trabajadora que vive con más de 4 dólares por día se ha triplicado entre 1991 y 2015. El porcentaje de personas con nutrición insuficiente en las regiones en desarrollo cayó a casi la mitad desde 1990. La cantidad de niños en edad de recibir enseñanza primaria que no asistió a la escuela cayó a casi la mitad a nivel mundial. La tasa mundial de mortalidad de niños menores de 5 años ha disminuido en más de la mitad. Desde 1990, la tasa de mortalidad materna ha disminuido en un 45% a nivel mundial. Se han evitado más de 6,2 millones de muertes causadas por paludismo entre los años 2000 y 2015, principalmente de niños menores de 5 años de edad en África subsahariana. Las nuevas infecciones del VIH disminuyeron en aproximadamente 40% entre 2000 y 2013.

En 2005, los Estados miembros de las Naciones Unidas llevaron a cabo una evaluación de los progresos realizados en los últimos diez años en la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín en la 49ª sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Un informe del Secretario General sobre la evaluación de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín y el documento de resultados de la sesión especial de la Asamblea General titulado «Mujeres 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo veintiuno» (E/CN.6/2005/2), cubrieron los doce ámbitos fundamentales de interés, así como las cuestiones incipientes, definidos en la 23ª sesión especial de la Asamblea General.

Será en el año 2010, más concretamente el 2 de julio, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas vote de forma unánime la creación de un único organismo de la ONU que se encargará de la aceleración del progreso sobre la igualdad de género y el Empoderamiento de las mujeres, llamado ONU mujeres, fusionando cuatro instituciones y organismos internacionales: el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), la División para el Adelanto de la Mujer (DAM), la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer[225].

Es posteriormente cuando la Asamblea General adopta, el 20 de diciembre de 2012, la resolución sobre el seguimiento de la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la declaración y plataforma de acción de Pekín y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea[226].

Las Naciones Unidas centran ahora su labor de desarrollo a nivel mundial en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Las mujeres desarrollan aquí un papel especial y recogen numerosas metas que se centran en el reconocimiento de la igualdad y del empoderamiento de la mujer como un objetivo y como parte de la solución. El

[225] Véase en la siguiente página http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2019/02/a-short-history-of-the-commission-on-the-status-of-women.

[226] Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/450 y Corr. 1)] 67/148. Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

Objetivo 5 busca "lograr la igualdad de género, y empoderar a todas las mujeres y las niñas". Es preciso contar con cambios profundos a nivel jurídico y legislativo para garantizar los derechos de las mujeres del mundo[227].

A pesar de los esfuerzos de la ONU para lograr esta igualdad, existen hoy día muchas desigualdades; véase a modo de ejemplo cómo en agosto del 2015 sólo integran el 22% de todos los parlamentarios nacionales, aunque representa un ligero aumento frente al 11,3% del año 1995. Aún así, la ONU no cesa en conseguir la igualdad y eliminar las distintas formas de violencia hacia la mujer. Así, la Unión Europea y la ONU han unido fuerzas para lanzar la Iniciativa *Spolight*, en septiembre de 2017, como una asociación conjunta para erradicar todos los tipos de violencia contra las mujeres y las niñas en todo el mundo. Con ella se pretende movilizar el compromiso de los dirigentes políticos y contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y, más concretamente, del objetivo 5 sobre igualdad de género y del objetivo 16 sobre sociedades pacíficas e inclusivas. Para ello se crean nuevas colaboraciones multilaterales y se presta apoyo concreto a gran escala respaldado por una dotación financiera específica inicial de la UE de 500 millones de euros. La Iniciativa tiene por objeto acabar con todos los tipos de violencia contra las mujeres y las niñas y se dirige especialmente a las que más prevalecen y contribuyen a la desigualdad de género en todo el mundo[228].

---

[227] Véase https://www.educo.org/Blog/Agenda-2030-y-Objetivos-Desarrollo-Sostenible. Los objetivos son: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida de todos. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, industria, innovación e infraestructuras. Reducir la desigualdad en y entre los países. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de la biodiversidad. Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

[228] Cada año, el día 8 de marzo, se conmemora el día Internacional de la Mujer. Esta idea surge a principios del siglo XX, a partir de las actividades de los movimientos obreros en América del Norte y en toda Europa. Se trata de un día que se celebra en muchos países del mundo y en el que se reconocen los

Así, vista la igualdad de género en la ONU, vamos ahora a realizar un análisis de la igualdad de género en la OIT.

2.3.3. La igualdad de género en la Organización Internacional del Trabajo

La OIT es una agencia 'tripartita' de la ONU, donde reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. Los objetivos principales de la OIT son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo. Merece especial atención la labor de la OIT en materia de igualdad de género. Según señala la OIT en su página web, "se ha propuesto promover la igualdad de oportunidades para que las mujeres y los hombres accedan a un trabajo decente, esto es, un trabajo bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. La OIT estima que la igualdad de género constituye un elemento decisivo de las actividades encaminadas a la consecución de sus cuatro objetivos estratégicos: a) Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, b) Generar mayores oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan tener un empleo e ingresos dignos, y c) Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos fortaleciendo el tripartismo y el diálogo social[229].

En 1944 la OIT, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adopta el día 10 de mayo la declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, llamada también la Declaración de Filadelfia. En ella la Conferencia reafirma que entre sus principios fundamentales se encuentra "la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes

---

logros de las mujeres sin tener en cuenta sus diferencias, sean estas nacionales, étnicas, lingüísticas, culturales, económicas o políticas.

[229] Véase en la página web de la OIT https://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm.

de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común"[230]. Afirma así que, "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades".

Es a partir de este momento cuando se van proyectando normas internacionales. En 1951 se adopta el Convenio Sobre la Igualdad de remuneración, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor[231]. Destaca el artículo 2 de dicho Convenio, en el que señala que "todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor"[232].

Unos años después se adopta el Convenio sobre la Discriminación, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en el que partiendo de la Declaración de Filadelfia, señala que "todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se

---

[230] Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia). "La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía; (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común. Véase para profundizar sobre el tema LÓPEZ AHUMADA, J. *Trabajo informal e igualdad desde la perspectiva de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, núm. 7, Madrid, 2019, págs. 491-509. TREBILCOCK, A. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Las Normas internacionales del trabajo: Un enfoque global*, 75ª aniversario de la CEACR, (OIT 2001), Madrid, págs. 17-27.

[231] https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100

[232] Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Entrada en vigor: 23 mayo 1953) Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951), Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales).El Convenio puede ser denunciado: 23 mayo 2023-23 mayo 2024. Véase a GIL GIL, J. *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica compromisos de la OIT*, Juruá, 2013, págs. 197-250.

obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto"[233].

En 1983 se adopta el Convenio sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. En él se reconoce "la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores"; así pues, "cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales", siendo las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: (a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo; (b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social"[234].

En 1999 el Director General de la OIT exhorta a que se adopten medidas para reforzar entre sí la igualdad de sexo tanto en el ámbito personal como en la estructura de la OIT: "En esta circular se expone la política de la OIT en materia de igualdad entre los sexos reincorporación de las consideraciones de género (1). Con ella se completa la circular núm.6/493, de 6 de octubre de 1993, sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las mujeres en la Oficina Internacional del Trabajo, y se da un paso importante en la aplicación de la igualdad entre los géneros y la equidad en toda la Organización.

[233] C111: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958) -Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales). El Convenio puede ser denunciado: 15 junio 2020-15 junio 2021.

[234] C156: Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156).
Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Entrada en vigor: 11 agosto 1983). BOIVIN, I. y ODERO DE DIOS, A. La *Comisión de Expertos de la OIT y el progreso de las legislaciones nacionales*, *Revista internacional del trabajo*, vol. 125, núm. 3, Madrid, 2006, págs. 233-248.

En su calidad de Organización entregada a los derechos humanos fundamentales y a la justicia social, la OIT debe desempeñar una función destacada en los esfuerzos que se despliegan en el plano internacional para fomentar y establecer la igualdad entre los sexos. Tras la adopción de la plataforma de acción en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, la OIT redobló sus actividades destinadas a institucionalizar las consideraciones de género en todos los niveles, tanto en la sede como fuera de ella. Me propongo ahora intensificar dichos esfuerzos y plasmar en nuestras políticas y programas el compromiso político firme que he contraído al respecto. A fin de conferir el máximo alcance a los esfuerzos desplegados y aprovechar lo mejor posible los recursos invertidos, se llevará a cabo de forma simultánea en tres frentes (personal, sustancia y estructura) una acción cuyos efectos habrán de reforzarse mutuamente"[235].

En el año 2002 entra en vigor el convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad donde señala que, partiendo de la necesidad de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, "a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales" (…) es necesario que "todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo"[236].

[235] Circular 564 del Director General.
[236] C183: Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (Entrada en vigor: 7 febrero 2002).

Si hasta aquí hemos visto los instrumentos relativos a la igualdad de género en el ámbito laboral, hay que añadir una serie de resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, entre las que cabe destacar:

- Resolución relativa a la promoción de la igualdad de género, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad, adoptada en junio de 2004. Destaca en ella que "las medidas de reglamentación y otras medidas deben reforzarse mutuamente para resolver los problemas que supone la desigualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo; Destacando que la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, incluida la igualdad de remuneración en aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, es fundamental para promover el trabajo decente y el desarrollo social, y es asimismo indispensable para el éxito de las estrategias de eliminación de la pobreza, y que los trabajos de calidad, así como los servicios públicos de calidad y otros servicios de apoyo son fundamentales para promover la igualdad de oportunidades para todos"[237]. Con la Decisión del año 2005 el Consejo de Administración encomendó incorporar la perspectiva de género en la cooperación técnica.

- Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en junio de 2009, siendo ésta la más reciente, y que señala que "el informe tiene tres objetivos: examinar los progresos realizados en la asistencia que presta la OIT a los mandantes con miras a lograr la igualdad de género en el mundo del trabajo; destacar los esfuerzos que está desplegando la Oficina para aplicarlas resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) y las decisiones del Consejo de Administración relativas a la promoción de la igualdad de género y a su integración en el Programa de Trabajo

[237] Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad. En su 92ª reunión, celebrada en junio de 2004, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la siguiente Resolución. En noviembre de 2004, el Consejo de Administración aprobó la acción de seguimiento de la Resolución, que proponía la Oficina. La Resolución, la aprobación y los textos conexos también figuran en www.ilo.org/gende.

Decente; y proporcionar información básica a los mandantes para que puedan planificar estratégicamente las actividades futuras"[238].

Pero la labor de la OIT sobre la igualdad de género no acaba aquí; así pues, se elabora una amplia gama de instrumentos internacionales de fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. Muchos de estos instrumentos ya los hemos abordado anteriormente. Cabe mencionar la propia Carta de las Naciones Unidas, numerosas resoluciones de la Asamblea General, las Conclusiones acordadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en relación con la integración de la perspectiva de género, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (por sus siglas en inglés, CEDAW), la Plataforma de Acción de Pekín de 1995 y su seguimiento, y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Para los años 2010-2015 la OIT elaboró un Plan de acción de la OIT sobre igualdad de género 2010-15. En dicho Plan de acción se facilitaba asimismo una entrega efectiva y con perspectiva de género del Programa de Trabajo Decente, conforme a la Resolución de junio de 2009 relativa a la igualdad de género en el corazón del trabajo decente. Las cinco Oficinas Regionales de la OIT y las oficinas subregionales y nacionales trazaron sus propias políticas y estrategias en la materia, adaptándolas a su propio contexto regional y nacional. El objeto era promover la igualdad entre mujeres y hombres con más eficacia en los respectivos programas, en particular, en los Programas de trabajo decente[239] por país.

[238] Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009 Informe VI La igualdad de género como eje del trabajo decente.

[239] El Programa de Trabajo Decente es de carácter transversal, por lo cual su ejecución es efectiva mediante la aplicación de una política y unas intervenciones institucionales integradas y coordinadas. Ello supone diferentes objetivos estratégicos, como la promoción de los derechos fundamentales, la creación de empleo, la protección social y el diálogo social. Aplicar un enfoque integrado de la igualdad de género y el trabajo decente forma parte de este proceso y equivale, por ejemplo, a lograr una mayor igualdad en las oportunidades de empleo mediante la adopción de medidas, que también apuntan a mejorar el acceso de la mujer a la educación, la formación profesional y la atención de salud, a la vez que se toma debidamente en cuenta el rol femenino de la economía de la prestación de cuidados, por ejemplo, mediante medidas para armonizar la vida laboral y familiar e incentivos en el ámbito laboral para la prestación de servicios de guardería y las licencias parentales. Véase a D´SOUZA, A. *Camino del trabajo decente para el personal de servicio doméstico: panorama de la labor OIT*, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 2010, págs. 27-41.

En efecto, tal y como hemos visto, la igualdad de género desde un punto de vista internacional se pretende conseguir también en el ámbito laboral con todos estos Instrumentos Internacionales que hemos presentado. De esta forma, consideramos que es necesario ahora abordar el tema de la igualdad de género en la UE, y ver los mecanismos utilizados para conseguirlo.

2.3.4. La igualdad de género en la Unión Europea

La igualdad de género ha sido y es uno de los objetivos principales de la Unión Europea. Con el paso de los años, tanto la legislación como los Tratados y la Jurisprudencia han reforzado este principio, siendo el Parlamento Europeo un defensor nato del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Remontándonos al origen, hay que señalar que en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957[240] no había una política comunitaria en materia de igualdad. Así pues, tal principio fue introducido por primera vez por la Comunidad Europea en el artículo 141 (antiguo artículo 119) del Tratado de Roma, que exige que se garantice la «igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo». Aquélla disposición, de alcance limitado en un primer momento, evolucionó progresivamente a partir de 1975 hasta cristalizar en una serie de instrumentos comunitarios que han precisado y desarrollado este principio fundamental del Derecho comunitario.

En el año 1957 la Comunidad Económica Europea impulsa el mercado laboral y trata de conseguir la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo[241]. En el año 1975 se adopta la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de

[240] El 25 de marzo de 1957 se firmaron dos tratados: el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom). En las dos nuevas Comunidades, el Consejo adopta las decisiones sobre la base de una propuesta presentada por la Comisión. La Asamblea Parlamentaria tiene una función consultiva y emite opiniones dirigidas al Consejo. La Asamblea se amplía hasta 142 diputados. La Asamblea Parlamentaria Europea celebró su primera sesión el 19 de marzo de 1958. Los Tratados de Roma incluyen una disposición específica que prevé la elección directa de los miembros de la Asamblea (ésta se implementó en 1979). Véase en https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome.

[241] Actualmente queda contemplado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de

febrero de 1975[242], relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que complementa el artículo 141 al exigir la igualdad de retribución «para un trabajo al que se atribuye un mismo valor». Un año después se adopta la Directiva 76/207/CEE del Consejo[243], de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que amplían el ámbito de aplicación del artículo 141 al establecer el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo y abrir el camino a las medidas de acción positiva.

Ya en el año 1979 se adopta la Directiva del Consejo relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[244]. En dicha Directiva se contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato". Señala en su artículo 4 que "el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del

---

medida; que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. Además, el artículo 19 del TFUE contempla la posibilidad de adoptar legislación para luchar contra todas las formas de discriminación, también por motivos de sexo. La legislación dirigida a luchar contra la trata de seres humanos, en especial de mujeres y niños, se ha adoptado sobre la base de los artículos 79 y 83 del TFUE, y el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» financia, entre otras, aquellas medidas que contribuyen a la erradicación de la violencia contra las mujeres basándose en el artículo 168 del TFUE.

[242] Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

[243] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

[244] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

derecho a las prestaciones. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

Con la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social[245] (modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996), se aborda el problema de la desigualdad en los regímenes profesionales de la seguridad social y aplica el principio de igualdad a tal ámbito.

En ese mismo año, se recoge la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas[246].

Es ya en el año 1992 cuando la Unión Europea adopta la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia[247]. En la Directiva se recoge que "considerando que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, por los jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros, dispone, en particular en su punto 19: «Todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas

[245] Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, modificada por Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

[246] Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

[247] Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período delactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este campo»; Considerando que la Comisión, en su programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, se ha fijado, entre otros objetivos, la adopción por el Consejo de una Directiva sobre protección en el trabajo de la mujer embarazada".

El Consejo de la Unión Europea, debido a la incorporación de la mujer en el mundo laboral, adopta la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental[248] celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, dirigida a conciliar la vida familiar y laboral. Ésta fue la primera Directiva que aplicó un acuerdo marco celebrado por los interlocutores sociales a nivel comunitario. Al año siguiente dicha Directiva amplía al Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda la Directiva.

En el ámbito procesal, la Unión Europea dicta la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, por la que la carga de la prueba recae en los acusados de discriminación laboral, a los que corresponde probar que no han vulnerado el principio de igualdad de trato. Así, en 1997 se dicta la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, cuya finalidad es conciliar la vida familiar y la vida laboral y aplicar un acuerdo marco celebrado por los interlocutores sociales a nivel comunitario.

Llegamos de esta forma a un momento culminante, que es el Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 donde se fortalece el compromiso europeo con la igualdad de género. Este Tratado reviste una especial importancia para el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en toda la UE, en la medida en que constituye un progreso fundamental en la consecución de una situación de igualdad en el mundo laboral. Así, es importante destacar ciertos artículos del Tratado:

[248] Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

El artículo 2 del Tratado CE proclama el fomento de «la igualdad entre el hombre y la mujer» como una de las misiones fundamentales de la Comunidad;

El artículo 3, apartado 2, establece la supresión de las desigualdades de género en los objetivos, las estrategias y las acciones comunitarios; en lo que se refiere, en particular, a las 21 actividades específicas contempladas en el artículo 3, apartado 1, la Comunidad se impone el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Con ello se introduce en el Tratado CE el enfoque de integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias.

El artículo 141, apartado 1, establece que el principio de igualdad de retribución debe aplicarse no sólo a un mismo trabajo, sino también a un trabajo de igual valor.

El artículo 137, apartado 1, establece que la Comunidad debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el fomento de «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo».

El artículo 141, apartado 3, aplica el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Estas medidas se adoptan en el marco del procedimiento de codecisión. El artículo 141 constituye el fundamento jurídico que subyace a las medidas comunitarias en el ámbito de la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato para hombres y mujeres en materia de empleo.

El artículo 141, apartado 4, contempla la posibilidad de «adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

El artículo 13 confiere un mandato explícito para emprender acciones adecuadas en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, entre otros supuestos de discriminación. Contrariamente al artículo 137, apartado 1, y al artículo 141, las

medidas conformes al artículo 13 deben adoptarse por unanimidad, de forma que sólo se prevé la consulta previa del Parlamento.

En el año 2002 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptan la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que debía aplicarse el 5 de octubre de 2005.

Posteriormente se adopta el Reglamento (CE) n° 806/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativo al fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo, adoptado de conformidad con el artículo 179 del Tratado CE (política de cooperación para el desarrollo). La finalidad de este Reglamento es aplicar el principio de integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas. El Parlamento Europeo también fue consultado con miras a la adopción de una Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Debido a la insuficiencia de los instrumentos legislativos para fomentar la igualdad en la práctica se desplegaron una serie de programas de acción plurianual, como son:

- Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), que fue adoptada por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, de conformidad con el artículo 13 del Tratado CE. Esta Decisión establece el quinto programa de acción en materia de igualdad de género, cuya finalidad es promover y difundir los valores y las prácticas que subyacen a la igualdad de género, mejorar la comprensión de esta cuestión, desarrollar la capacidad de las partes interesadas en la tarea de promover eficazmente la igualdad de género y facilitar la aplicación de la estrategia marco comunitaria en materia de igualdad de género;

- Decisión n° 803/2004/CE del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), que fue adoptada de conformidad con el artículo 152 del Tratado CE (política de salud pública). Esta Decisión contribuye sustancialmente al desarrollo de las políticas de la UE en el ámbito de la lucha contra la violencia e incorpora toda la experiencia adquirida desde 1999 en la aplicación de la primera fase del programa.

Paralelamente a tales decisiones, entró en vigor, el 1 de febrero del 2003, el Tratado de Niza elaborado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000[249] y firmado el 26 de febrero de 2001, para modificar los Tratados vigentes. Dicho Tratado no recoge apenas el principio de igualdad de género, sólamente introduce un nuevo apartado en el artículo 13 del Tratado CE que permite que el Consejo pueda recurrir al procedimiento de codecisión establecido en el artículo 251 del Tratado CE para adoptar por mayoría cualificada medidas comunitarias de incentivo y apoyo de las acciones antidiscriminatorias emprendidas por los Estados miembros. De acuerdo con ello, se adoptó, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, del Tratado CE, una nueva Decisión n° 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres.

[249] Uno de los compromisos del Consejo Europeo de Lisboa (2000) fue el de incrementar la tasa de empleo de las mujeres hasta el 60 % para el año 2010 y corregir los desequilibrios entre hombres y mujeres en el mercado laboral, en el contexto de la Estrategia de Lisboa. El compromiso adoptado por el Consejo Europeo de Barcelona (2002) de suprimir las desincentivaciones del empleo y la iniciativa femeninos, teniendo en cuenta la demanda de infraestructuras de atención a la infancia y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, así como ofrecer en 2010 disponibilidad de guarderías al 90 % como mínimo de los niños en edades comprendidas entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria y al 33 % como mínimo de los niños menores de tres años. La petición formulada en el Consejo Europeo de primavera del año 2003 de que la Comisión preparara, en colaboración con los Estados miembros de la UE, un informe anual a la atención del Consejo Europeo de primavera sobre las evoluciones en el camino hacia la igualdad de género, junto con orientaciones para la integración de la perspectiva de género en todas las políticas. El acuerdo alcanzado en 2003 en el Consejo de Educación, Juventud y Cultura sobre el objetivo de incrementar el número total de titulados en matemáticas, ciencia y tecnología en la UE en un 15 % como mínimo hasta el año 2010, reduciendo al mismo tiempo los desequilibrios entre hombres y mujeres.

En 2006, varios antiguos actos legislativos fueron derogados y sustituidos por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual, e insta asimismo a los empresarios a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, endurece las sanciones en caso de discriminación y prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Actualmente, el Parlamento trabaja en la revisión de esta Directiva en lo referente a las disposiciones sobre la igualdad de retribución y ha aprobado un informe de aplicación sobre la base de varios estudios encargados por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.

En el año 2006 es importante destacar que se crea el Instituto Europeo de la Igualdad de Género como respuesta a una petición formulada en junio de 2004 por el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo. El cometido del Instituto Europeo de la Igualdad de Género es asistir a las instituciones europeas y a los Estados miembros en la tarea de fomentar la igualdad de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales derivadas de ellas, así como en la lucha contra la discriminación por razón de sexo. El Instituto se encarga, asimismo, de sensibilizar a los ciudadanos de la Unión con respecto a estas cuestiones. El Instituto Europeo de la Igualdad de Género desempeña un papel fundamental en su cometido de ofrecer los conocimientos técnicos necesarios para desarrollar las políticas de igualdad en la Unión Europea. En marzo de 2006 el Consejo Europeo hizo hincapié en la necesidad de conseguir un mayor equilibrio entre la vida privada y la vida profesional con el fin de impulsar el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad, y aprobó el Pacto Europeo para la Igualdad de Género. En diciembre de 2007 y marzo de 2008 el Consejo instó a la Comisión a que evaluara el marco jurídico de la conciliación y la posible necesidad de introducir mejoras en este ámbito, al tiempo que reiteraba que debían realizarse mayores esfuerzos para conciliar la

actividad laboral con la vida privada y familiar, tanto en beneficio de las mujeres como de los hombres[250].

El Tratado de Lisboa, firmado por los Estados de la Unión Europea el 13 de diciembre de 2007, sustituye a la Constitución para Europa[251] tras el fracasado Tratado constitucional de 2004. Con este tratado, la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario. En lo relativo a la igualdad de género se refiere fundamentalmente a dos cuestiones: la afirmación del propio principio de igualdad de género y las políticas de la UE en este ámbito. Reafirma así el principio de igualdad de género y lo incluye entre sus valores y objetivos. Lo vemos en los artículos:

- El artículo 2 declara que la Unión Europea es «una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

- Y el artículo 3, apartado 3, segundo guion, declara que la Unión «combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

[250] En octubre de 2008, la Comisión Europea presentó una serie de nuevas propuestas dirigidas a conciliar la vida privada y la vida profesional (el denominado «paquete familiar»). El paquete de la Comisión sobre el equilibrio entre la vida privada y la vida profesional se divide en cuatro partes principales: un documento político (comunicación) en el que se exponen los antecedentes y el contexto, dos propuestas legislativas (de revisión de Directivas en vigor), y un informe sobre los progresos realizados por los países de la UE en la consecución de los llamados «objetivos de Barcelona» en el ámbito de los servicios de atención a la infancia.

[251] El 15 de mayo de 2007, Alemania, Portugal y Eslovenia firmaron una Declaración tripartita de la Presidencia relativa al fomento de la igualdad de género en la Unión Europea y al apoyo a la consolidación de la dimensión de género en la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo. La superación de los estereotipos de género se definió como el tema común de los trabajos en el ámbito de la igualdad de género emprendidos por la troica presidencial. En este contexto, los retos que deben afrontar las mujeres y especialmente los hombres como respuesta a los cambios en los modelos y roles de género fue una de las cuestiones abordadas en la reunión informal de ministros de igualdad de género y asuntos familiares celebrada en el marco de la Presidencia alemana de los días 15 y 16 de mayo de 2007. El 3 de octubre de 2007 la Presidencia portuguesa organizó una conferencia europea de expertos sobre el tema de «Los emprendedores y la empleabilidad: los estereotipos de género», y el 30 de enero de 2008, la Presidencia eslovena de la UE organizó una conferencia a nivel europeo titulada «La eliminación de los estereotipos de género: ¿misión (im) posible?».

En el Título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Funcionamiento), en las «Disposiciones de aplicación general», dos artículos se refieren a la igualdad de género:

- El artículo 8 contempla la integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas de la UE, al declarar que «en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad», mientras que el actual Tratado constitutivo de la Comunidad Europea incluye el mismo artículo, pero referido únicamente a las actividades de la Comunidad que figuran en el artículo 3 del Tratado;

- El artículo 10 establece asimismo que «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En los presentes Tratados no se encuentra otro artículo con una incidencia transversal como la del artículo 10.

En este mismo año, se crea el programa Daphne III , que abarca los años 2007-2013, dirigido a "combatir la violencia ejercida contra los niños, los adolescentes y las mujeres: el programa Daphne III (2007-2013)". La finalidad del programa Daphne III es prevenir y combatir todas las formas de violencia, especialmente de naturaleza física, sexual o psicológica, contra los niños, los jóvenes y las mujeres. Otro de sus objetivos es la protección de las víctimas y los grupos de riesgo para alcanzar un alto grado de protección física y mental de la salud, de bienestar y de cohesión social en toda la Unión Europea. Junto a este programa entra el Programa Comunitario para el Empleo y la Solidaridad Social-Progress (2007-2013). La finalidad del programa Progress es prestar asistencia financiera para la aplicación de los objetivos de la Unión Europea en el ámbito del empleo y los asuntos sociales. Este programa contribuye, por tanto, a la consecución de los objetivos de la Estrategia de Lisboa. Por medio del programa Progress se financian actividades de análisis, aprendizaje mutuo, sensibilización y difusión, así como la asistencia a los principales actores en este ámbito durante el período 2007-2013.

Con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entró en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 del Tratado UE reserva el mismo valor legal que a los Tratados, y que recoge también el principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo vemos así en los siguientes artículos:

- El artículo 23 de la Carta declara que «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución»; declara, asimismo, que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

- El primer apartado del artículo 21 declara, por otra parte, que «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

- El apartado 2 del artículo 33 establece que, «con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño».

- Por otra parte, el apartado 1 del artículo 34, relativo a la seguridad social y los ayuda servicios sociales, declara que «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad [...][252]».

[252] Véase el Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 32. Véase también, Véase CONSEJO, «Recomendación 96/694 del Consejo relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en el proceso de toma de decisiones», DOCE (1996) L 319/11; CONSEJO, «Decisión 182/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo», DOCE (1999) L 26/1; COMISIÓN, «Decisión 2000/407 sobre el equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión», DOCE (2000) L 154/34; COMISIÓN, «Comunicación de la Comisión a los Estados

Ciertamente, la igualdad aparece no sólo como un principio sino también como un valor estructural en su Preámbulo y como un Derecho, siendo así semejante a lo que ocurre en la legislación española. Siguiendo a Monereo Atienza, la idea básica que está detrás del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el marco de la Unión Europea es la búsqueda de la igualdad formal y material, conectándolo con los valores fundamentales. Considera así dicha autora que la inseparable relación que existe entre la dimensión formal y material se conecta con el resto de valores "que concretan la noción abstracta de dignidad humana y que va conectado con la noción de Estado social y democrático de Derecho"[253].

Por último, los Estados miembros han emitido una Declaración en la que destacan su compromiso político en la lucha contra la violencia doméstica. Las siguientes son palabras textuales de la Declaración: «La Conferencia conviene en que, en su empeño general por eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre, la Unión tratará en sus distintas políticas de combatir la violencia doméstica en todas sus formas. Es preciso que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas».

El artículo 19 del Tratado de Funcionamiento introduce una modificación en el procedimiento legislativo en el ámbito de la no discriminación. En efecto, el actual artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea prevé la consulta del Parlamento Europeo, mientras que el apartado 1 del artículo 19 del Tratado de Funcionamiento establece que «[...] el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Con este nuevo procedimiento, se requerirá el acuerdo del Parlamento para que el Consejo pueda adoptar un texto. Los artículos 79 y 83 establecen que el Consejo y el

---

Miembros sobre la Decisión relativa a equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión», DOCE (2000) C 203/4.

[253] MONEREO ATIENZA, C. *La igualdad de hombres y mujeres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Investigación y género, Inseparables en el presente y en el futuro*: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género", Sevilla, 2012, págs. 1185 y 1195.

Parlamento actuarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario -esto es, el procedimiento de codecisión- para: adoptar medidas en «la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños»; establecer «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes». Estos ámbitos delictivos incluyen «la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños».

En el 2010 se aprueba la Directiva 2010/18/UE[254] del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Businesseurope, la Ueapme, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, y en ese mismo año se dicta la Directiva 2010/41/UE del Parlamento

Abordada en este apartado el tema de la igualdad de género en el ámbito internacional y europeo, e identificado los mecanismos más importantes utilizados por los operadores jurídicos internacionales para conseguir la igualdad de género, vamos ahora a elaborar un análisis sobre la evolución de la igualdad entre hombres y mujeres en la legislación española.

2.4. La igualdad de género en la legislación española

Ya hemos visto que las principales ideas de la Revolución Francesa de 1789 en materia de igualdad entre hombres y mujeres repercutieron favorablemente en los restantes países europeos, en concreto en España.

[254] La Carta de la Mujer y el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019. El 5 de marzo de 2010, la Comisión aprobó la Carta de la Mujer para promover de forma más eficaz la igualdad entre mujeres y hombres en Europa y en el mundo. En diciembre de 2015, la Comisión publicó el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019 para dar continuidad y seguimiento a su Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015. El Compromiso estratégico se centra en los cinco ámbitos prioritarios siguientes: aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral e igual independencia económica; reducción de la brecha y la desigualdad salariales y de las pensiones y, por consiguiente, lucha contra la pobreza entre las mujeres; promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones; lucha contra la violencia de género y protección y apoyo a las víctimas; promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en todo el mundo.

La inexistencia de la mujer en el campo político y jurídico entre los años 1812-1845 fue muy evidente. Sin embargo, en el periodo de la gobernación de María Cristina y el reinado de Isabel II se produjeron algunos pequeños avances, por ejemplo, obligando a todo el mundo, ya fuera hombres o mujeres, a saber leer y escribir, y en el año 1845 se promulga la Ley Pidal que introducía el modelo educativo orientado a las clases medias, con independencia del sexo. Así, durante esta etapa, la visión que se tenía de la mujer era la de un ser desvalido, pero en el que se depositaba sobre ella todo el honor de la familia[255].

Posteriormente, coincidiendo con el debate de la Constitución de 1869, se plantea el voto de la mujer. Sin embargo se acaba rechazando esa posibilidad. Más tarde, con el proyecto de Constitución de 1873, el debate se centra en el Derecho a la Igualdad de oportunidades, recogiéndose en el artículo 5 que "todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad (…)". Para Tomás y Valiente, la Igualdad ante el Derecho era una forma para la burguesía de censurar el rechazo contra los privilegios estamentales de la sociedad del Antiguo Régimen[256].

En 1880 se publica la Real Orden de 23 de octubre donde se reconoce a la mujer el acceder al puesto de auxiliar de telégrafo, ampliándose en el año 1910 a través de la Real Orden de 2 de septiembre y con la Ley de Bases de la Condición de Funcionarios de la Administración civil del Estado de 1918.

A inicios del siglo XX, con el Código de Comercio de 1885, en su artículo 6 se le reconocía a la mujer casada mayor de 21 años el poder ejercer una actividad comercial, siempre que el marido lo autorizara, sin necesidad de dicha autorización cuando hubiera una separación firme o estuviera el marido en curaduría, ausente o bajo pena de interdicción civil. En el artículo 60 del mismo texto legal se reconocía al marido como

[255] GARCÍA MERCADEL, F. *La presencia de la mujer en la vida política y parlamentaria española; de la conquista del voto femenino a la democracia paritaria*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 2001, pág. 29.
[256] TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1981, pág. 424. Véase en relación al sufragio femenino en España a MONTES SALGUERO, J. "La lucha por el sufragio femenino en España, notas para una historia", *A distancia*, núm. 1, Madrid, 1999, págs. 124-130.

representante de su mujer, con unos poderes como la autorización para participar en juicio o realizar actos de compraventa que podían ser revocados.

En el año 1889 se promulgaría finalmente el Código Civil, y lejos de ir reconociéndose a la mujer una amplitud de derechos y capacidades, se mantiene, especialmente para la mujer casada, la consideración de un ser sin plena capacidad de obrar, teniendo que recibir la asistencia del marido para la realización de los principales actos jurídicos; por ejemplo, era el hombre el único que podía fijar el domicilio conyugal, o el único que administraba los bienes de la sociedad conyugal[257]. Sin embargo, es a partir de este momento cuando empiezan a proliferar leyes dando mayor presencia a las mujeres en el mundo laboral. Aunque, como ya hemos visto en otro apartado de este capítulo, no será hasta la Constitución Republicana de 1931 cuando se produzca el mayor cambio legislativo en materia de igualdad de sexos, abriéndose así una nueva etapa y un movimiento feminista, con unos profundos cambios legislativos, a modo de ejemplo podemos citar el reconocimiento de los derechos electorales a las mujeres o la igualdad de sexos.

Sin embargo, todo esto da un giro en el momento en el que se inicia la Guerra Civil, ya que, tal como hemos señalado en el marco histórico y evolutivo de la desigualdad entre el hombre y la mujer, con la instauración de la Dictadura de Francisco Franco se produce un retroceso, y el papel de la mujer queda reducido al de esposa y madre, limitándolas su capacidad de obrar y volviendo a un "estado patriarcal". Como señala Molinero Ruiz, se dejaba a la mujer con unos roles muy tradicionales que nada tenían que ver con lo que se estaba manifestando en Europa; ya hemos dicho que, en materia de igualdad, la Unión Europea ha ido mucho más rápido que España debido a los retrocesos producidos durante este período. A finales de 1939 se prohibió inscribir a las mujeres como obreras en las oficinas de colocación salvo que fueran cabeza de familia y

[257] RUIZ CARBONELL, R. *Aspectos jurídicos de la violencia, recorrido histórico y situación actual*, *Mujer y servicios sociales*, Ayuntamiento de Murcia, Murcia, 1989, pág. 103.

la mantuvieran con su trabajo o si estaban separadas o solteras o por incapacidad del marido[258].

Los problemas de la Guerra Civil y la miseria en la que se vio sumida España hizo que se produjese un aumento de la prostitución, provocando que el régimen dictatorial pusiera en marcha ciertas instituciones, como fueron las Prisiones Especiales para Mujeres Caídas y el Patronato de Protección a la Mujer, presidido este último por Carmen Polo de Franco, buscando que las mujeres prostitutas se apartaran de esa actividad y se las educara con arreglo a las enseñanzas católicas[259]. Así, el prototipo de mujer era vestida con mangas largas, sin escotes, faldas holgadas, que no enseñaran detalles de su cuerpo ni acapararan atenciones indebidas. Las mujeres jóvenes no podían salir solas si no era acompañada por un hombre de la familia[260].

Siguiendo a Ortiz Heras, el discurso franquista era relegar a la mujer al hogar, de sumisión primero hacia los padres y luego hacia el marido de tal forma que la propaganda franquista se dirigía a considerar a la mujer como símbolo de amor, familia y el hombre como guerrero y luchador[261].

A finales de los años 50 empieza un proceso de apertura de España hacia el exterior y ciertas influencias en materia de igualdad empiezan a llegar, dando lugar a pequeñas reformas, pero con matizaciones; es decir, por ejemplo, se publicaron leyes que introducían la no discriminación por razones de sexo respecto a la capacidad jurídica de las mujeres, pero siempre que se tratara de mujeres solteras, ya que las menores de edad estaban bajo la patria potestad de los padres y las casadas bajo la tutela del marido. Esto hacía que la mujer no pudiera elegir una profesión libremente o realizar contratos de compraventa sin la autorización del marido. Así, no será hasta 1958 cuando se autorizará a la mujer a ser testigo en testamento, aunque la mujer casada necesitaba la firma del marido.

---

[258] MOLINERO RUIZ, C. "Mujer, franquismo, fascismo. La clausura forzada de un mundo pequeño", *Historia social*, núm. 30, Madrid, 1998, págs. 97-117.
[259] ORTIZ HERAS, M. "Mujer y dictadura franquista", *Aposta: Revista de ciencias sociales*, núm. 28, Madrid, 2006, pág. 4.
[260] NICOLÁS MARÍN, E. *La libertad encadenada. España en la dictadura franquista 1939-1975*, Alianza, Madrid, 2005, pág. 149.
[261] ORTIZ HERAS, M. "Mujer y dictadura franquista", Óp. cit., pág. 6-7.

En el final de la Dictadura se empiezan a producir pequeños progresos legislativos reconociendo a la mujer ciertos derechos y eliminando poco a poco las diferencias de sexo. De esta forma, en 1970 se publica la Ley General de Educación donde se reconoce la igualdad de sexos en el ámbito de la educación posibilitando que la mujer también sea escolarizada, y en 1975 se elimina la licencia marital y la obediencia al marido.

Así, con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el reconocimiento a la igualdad es el elemento principal de un Estado social y democrático de derecho[262]; de hecho se reconoce la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1[263] y en el artículo 14 de la misma, pero no sólo como valor, sino como principio y derecho de las personas, es decir, en tres vertientes.

La Constitución Española otorga la obligación a los poderes públicos de garantizar la igualdad, de forma que se eliminen aquellos obstáculos que lo impidan[264]. El Tribunal Constitucional, en 1988, señala que el principio de igualdad que garantiza la Constitución Española opera impidiendo que se adopten supuestos de hecho en las normas que den un trato distinto a las personas que se encuentren en la misma situación y circunstancias y obligando a que las leyes sean aplicables por igual a todas las personas que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las presentes en la norma[265].

A partir de este momento empiezan a proliferar una serie de leyes dirigidas a conseguir la igualdad de trato y de oportunidades. Por ello, en 1989 se publica la ley

[262] Artículo 14 CE "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Para ver los derechos de igualdad antes de la Constitución Española, véase a CUENCA GÓMEZ, P. "Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978, Universitas", *Revista de Filosofía, Derecho y Política,* núm. 8, Madrid, 2008, págs. 74 y ss.

[263] Artículo 1.1 CE "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

[264] Artículo 9.2 CE "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

[265] STC 144/1988, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 1.

3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo[266]. En 1991, el 27 de noviembre, se dicta una recomendación[267] relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y en la que se reconocía que el "Comité consultivo de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, en su dictamen de 20 de junio de 1988, recomendó de forma unánime que se adoptasen una recomendación y un código de conducta relativos al acoso sexual en el lugar de trabajo que cubran el acoso de ambos sexos" (…) y así en su "tercer programa de acción sobre la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, 1991-1995, y de conformidad con el punto 3.2 de la Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990, la Comisión decidió elaborar un código de conducta sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (1), basado en la experiencia y prácticas ejemplares de los Estados miembros, para proporcionar orientación sobre la iniciación y continuación de medidas positivas destinadas a crear una atmósfera de trabajo en la que mujeres y hombres respeten mutuamente su integridad humana".

En el año 1994 se elabora el Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En su artículo 2 se señala que "el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad", y en su artículo 74 reconoce la igualdad en los sistemas de contratación[268] reconociendo de esta forma la necesidad de conseguir una igualdad a la hora de acceso a los puestos de trabajo en iguales condiciones. Y con

[266] Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989.

[267] 92/131/CEE: Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo Diario Oficial núm. 49 de 24/02/1992 págs. 1-8.

[268] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "En los procedimientos de contratación se garantizarán los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, pudiendo licitar en los mismos los empresarios asociados y los trabajadores adheridos, en cuyo caso no podrán formar parte de los órganos de contratación, por sí mismos ni a través de mandatarios. Tampoco podrán formar parte de los órganos de contratación las personas vinculadas al licitador por parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado, ni las sociedades en las que las mismas ostenten una participación, directa o indirecta, igual o superior al 10 por ciento del capital social o ejerzan en las mismas funciones que impliquen el ejercicio de poder de decisión".

el Real Decreto del Estatuto de los Trabajadores[269] de 1995 se recoge, tanto en su redacción original como en las modificaciones posteriores que ha sufrido, la igualdad de salario entre ambos sexos, un avance muy significativo que la Constitución Española en su artículo 35 establecía, pero que no estaba siendo efectivo, aunque todavía sigue habiendo una brecha salarial según ha puesto de manifiesto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

En 1999 [270] se crea la Ley de prevención de riesgos laborales, y es en su artículo 5 cuando se señala que "las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores".

En este mismo año, con el incremento de incorporación de la mujer al trabajo, se crea la ley de conciliación entre la vida personal y laboral. De esta forma se dice en su preámbulo que "por su parte, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres" y así "la Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos

[269] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
[270] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia".

Se aborda también una controversia social sobre el orden de los apellidos a la hora de la inscripción de un hijo en el registro civil. La Ley 40/1999[271], de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos establece que la regulación existente en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de éstos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad. Tal situación, que ya intentó ser cambiada con ocasión de la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia.

Baste recordar, en este punto, que el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidades de 18 de diciembre de 1979 prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso Burghartz C. Suisse, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos. Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá

[271] Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos. BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley.

En el año 2000 se crea la Ley Orgánica[272]sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En dicha ley, en su artículo 2.bis se reconoce que "todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios, entre otros, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres". Continúa en el artículo 2.ter que procurarán "mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración". En todo el articulado, aparte de hacer referencia a la igualdad entre hombres y mujeres, hace referencia a la igualdad en general y al reconocimiento de los derechos humanos de las personas.

De la desigualdad de la que la sociedad española era víctima nace la necesidad de crear una ley[273] para que se adopten medidas para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Posteriormente y un año después, debido al incremento de mujeres maltratadas a manos de sus maridos y fruto del mandato constitucional atribuido a los poderes públicos, el legislador elabora la LVIG[274]. Y en su preámbulo señala que es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad entre hombres y mujeres[275]. Con esta ley se produce un profundo cambio en el código penal, reconoce así la

[272] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.
[273] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.
[274] Con esta ley se crea la Circular Nº 4 /2005 relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.
[275] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

violencia de género y la diferencia de la violencia doméstica[276]. Y se crea al amparo de dicha ley la Delegación Especial del Gobierno[277] contra la Violencia sobre la Mujer, una delegación que había sido reconocida con la LVIG sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer tiene por objeto formular las políticas públicas en relación con la violencia de género que desarrolle el Gobierno y que, necesariamente, habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres víctimas de esta violencia[278].

Así mismo, se establecerán en el año 2006 bajo el Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, que modifica al Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Aquí se establece que las personas titulares de las vocalías del Observatorio contempladas en el apartado 1, letra e), ordinal 1.º serán nombradas por la Presidencia a propuesta del Observatorio para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, que, en todo caso, valorará su experiencia en materia de violencia de género.

Un año después de la ley que supone un cambio radical en la lucha contra la violencia hacia la mujer, y con el fin de conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, se publica el acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado. El plan se estructura en los siguientes grupos de medidas y actuaciones: a) Medidas para promover la igualdad de género en el acceso al empleo público. b) Medidas para favorecer la promoción profesional de las empleadas públicas. c) Medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que trabajen

[276] Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

[277] Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

[278] Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

en la Administración General del Estado. d) Medidas contra la violencia de género en la Administración General del Estado. e) Iniciativas para promover el valor de la igualdad de género en la Administración General del Estado. f) Medidas de estudio y evaluación de la trayectoria profesional por sexo de los empleados públicos y desarrollo del principio de igualdad de género[279].

El año 2005 fue un año de bastantes cambios en torno a la igualdad entre hombres y mujeres; así tenemos la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres. Empieza el acuerdo con una realidad: en los últimos 25 años las mujeres españolas han protagonizado el mayor avance de toda su historia. Sin embargo, la realidad social y económica no refleja aún la igualdad plena y efectiva de derechos que reconoce la Constitución a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía. El desempleo femenino es superior al masculino y a pesar de la intensa activación de empleo de las mujeres se mantiene una diferencia salarial relevante por el mismo trabajo. Las responsabilidades familiares siguen siendo asumidas casi exclusivamente por las mujeres y persisten las dificultades para conciliar la vida familiar y profesional. La violencia de género se cobra cada año un número insoportable de mujeres asesinadas por sus parejas. En definitiva, la discriminación histórica de las mujeres aún no se ha erradicado en una sociedad que sigue sin ofrecer iguales oportunidades a todos sus ciudadanos y ciudadanas.

Posteriormente, se aprueba la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos. Se recoge en el acuerdo que (…) asimismo, y dentro del «Plan Concilia» impulsado desde este Departamento, resulta especialmente destacable por su trascendencia y carácter innovador en el campo de las relaciones laborales las medidas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral y la igualdad de género que, recogidas en los 16 puntos del apartado cuarto del

[279] Orden APU/526/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado.

Acuerdo, vienen a incluir medidas que permiten hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar, al tiempo que se colabora en la construcción y consolidación de una cultura de corresponsabilidad entre ambos sexos[280].

Con la entrada en vigor de la LVIG se hace necesario la aprobación de un plan de ayudas para las mujeres víctimas de violencia de género, dando lugar así al Real Decreto 90/2006, de 20 de julio, por el que se regula el procedimiento de concesión de las ayudas previstas en la ley de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Otra reforma importante fue la relativa a la concesión de los títulos nobiliarios[281] para así garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, y señala en su preámbulo que las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del Antiguo Régimen, pero incompatibles con la sociedad democrática en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social. En su artículo 1 señala que "el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos".

En definitiva, esta ha sido la línea evolutiva de las leyes y reformas más importantes que ha realizado el legislador en materia de igualdad y lucha contra la violencia de género, consecuencia esto último de la desigualdad que existe entre ambos géneros.

[280] La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato «inhumano y degradante» incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con el fin de acabar con estos delitos se crea la ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

[281] Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. BOE núm. 260, de 31 de octubre de 2006.

2.5. Consideraciones últimas

La igualdad de género es un Derecho Humano y una piedra angular de nuestro ordenamiento constitucional. Como hemos podido ver a lo largo de este capítulo se han producido ciertos avances que han permitido que la mujer tenga un papel mucho más relevante dentro de nuestra sociedad. Sin embargo, a pesar de estos logros, todavía hoy existen ciertas dificultades que impiden que se consiga la plena igualdad en nuestra sociedad.

Llama la atención cómo existe una diferencia muy grande entre los países europeos y los no europeos, especialmente los que están en vía de desarrollo, donde se trata a las mujeres como seres no libres y sin capacidad de decisión; de hecho, a nivel mundial todavía, según señala la ONU, hay 750 millones de niñas que se casaron antes de los 18 años y existen países todavía en donde los esposos pueden impedir que sus mujeres trabajen, así como, la existencia de leyes que impiden que las mujeres tengan los mismos derechos que el hombre en materia de herencia. Concretamente, las mujeres del norte de África acceden a menos de uno de cada cinco empleos remunerados en el sector no agrícola, y el porcentaje de mujeres que han accedido a empleos no agrícolas ha sido escaso desde el año 1990 a 2015, un 6 %. Siguiendo con los datos que la ONU ha reflejado, existen todavía al menos 49 países donde los esposos no tienen leyes que protegen a las mujeres de la violencia doméstica, ni de la violencia que sufren de sus parejas[282].

Es cierto que se han dado avances legislativos y se han desarrollado políticas públicas a nivel mundial que han permitido avances importantes en materia de toma de acceso a responsabilidades políticas por partes de las mujeres en todo el mundo. Así, en Asia Meridional, ha disminuido el riesgo de que una niña se casara durante su infancia en más de un 40% desde el año 2000. Y más de 100 países han tomado medidas para hacer seguimientos de las asignaciones presupuestarias que se han dado para la Igualdad

[282] Véase los siguientes enlaces sobre noticias de la ONU https://news.un.org/es/story/2018/03/1428392, https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/es/,https://www.unwomen.org/es/what-we-do/economic-empowerment/facts-and-figures.

de género. Así hay que señalar que, según la ONU, ha bajado la tasa de niñas que entre 15 y 19 años eran sometidas a mutilación genital femenina.

Otra de las cuestiones que hemos tratado en este capítulo ha sido la influencia que la religión ha tenido en materia de igualdad de género. Creemos así que la religión ha tenido un papel fundamental en esta materia, ya que se han transmitido en la mayoría de las mismas unos estereotipos de género que se basaban en la "superioridad" del hombre sobre la mujer, otorgando un papel a la mujer de esposa, ama de casa y madre. De hecho, en la mayoría de las religiones la mujer no accede a puestos de responsabilidad dentro de la comunidad religiosa, siendo el hombre el que ostenta dicho poder. Así, se puede observar cómo la mayoría de las religiones buscan controlar la sexualidad femenina y cómo impedir el uso de medios anticonceptivos que impiden llevar a cabo una planificación familiar. Se sigue a día de hoy lapidando a la mujer por adulterio, mientras que el hombre puede tener hasta varias mujeres. Como se puede observar, muchos de los actos violentos que se cometen contra las mujeres se justifican en la religión.

Por otro lado, en España se ha podido observar cómo se están adoptando medidas que mejoran la desigualdad entre sexos, si bien es cierto que a pesar de que durante la Segunda República Española el papel de la mujer cambia por completo, se produce un claro retroceso, desde nuestra perspectiva, durante la época de la Dictadura, y queda tan arraigado dentro de nuestra sociedad que a día de hoy todavía existen desigualdades de género. También es cierto que, gracias a la apertura de las fronteras españolas, las influencias internacionales en lo que al papel de la mujer conciernen, ha permitido un avance mucho más rápido en los últimos años.

Creemos así que sería necesario impulsar aún más que las mujeres estudien en campos en los que el hombre tiene una presencia muy alta, así como fomentar la igualdad en la retribución y en el acceso a la dirección de las empresas. Uno de los mayores deberes que tiene España es el de conseguir la igualdad dentro del empleo. El hecho de que la mujer sea la que pueda quedarse embarazada así como la que pueda pedir la maternidad, o periodos de lactancia, la convierten en una peor opción para el

empresario que el hombre, el cual puede no obtener esos permisos. Así pues, deberían de valorarse los cambios legislativos tendentes a que tanto el hombre como la mujer se pidan los permisos, es decir, que no sea algo opcional, porque bien es sabido, como mujer gestante y la que sufre durante y después del embarazo, es ella la que va a pedir esos periodos. Sin embargo, realizando un cambio legislativo en el que el padre tenga los mismos permisos que la madre sin posibilidad de elección, hará que se conviertan en la misma opción para el empresario y que la valoración a la hora de optar al puesto sea las capacidades y no el hecho de ser mujer.

Sería importante impulsar aún más la conciliación familiar y laboral, así como el reparto de responsabilidades, eliminando jornadas partidas o los turnos rotatorios que hacen que sea imposible el reparto de responsabilidades dentro de la pareja, especialmente cuando ambos tienen turnos distintos; de esta forma, la posibilidad de elegir el turno para aquellas personas a las que le es imposible tal conciliación sería algo beneficioso para que la mujer, al ser madre, no tuviera que dejar de trabajar o reducir su jornada laboral.

Por último, una de las cuestiones en las que especialmente España flaquea es en materia de violencia hacia las mujeres no solo dentro de las relaciones sentimentales, sino, mujeres que han sido violadas o asesinadas a manos de hombres con los que no tenían ningún tipo de relación. No nos vamos a detener en presentar nuestras conclusiones en este tema, ya que se trata de una materia cuyo estudio se realizará con mayor detenimiento en otros capítulos, y que tendremos oportunidad de abordar.

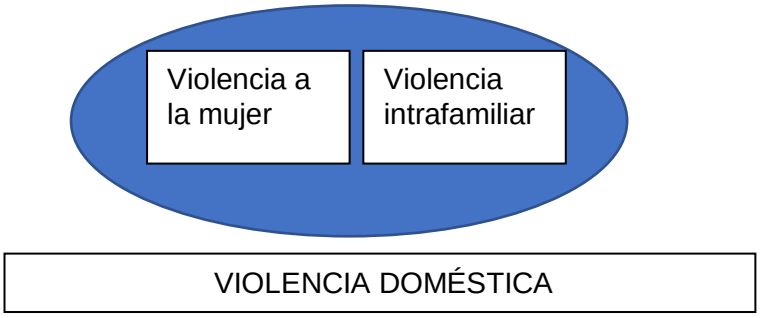
En esta primera parte del trabajo hemos podido aportar un concepto de Derecho, y responder a la cuestión de si el Derecho a la Igualdad es un Derecho Fundamental, analizando la cláusula general de igualdad. También hemos tenido oportunidad de identificar todo el recorrido social y legislativo que España ha realizado en materia de igualdad, sin dejar a un lado la igualdad de género en el ámbito internacional y europeo. Así, en la segunda parte del trabajo identificaremos la violencia de género y la violencia doméstica, distinguiendo los casos en los que se produce una u otra.

PARTE II. La violencia de doméstica vs la violencia de género

CAPÍTULO 3: La violencia doméstica

3.1. Concepto

Durante mucho tiempo, la violencia producida en el seno de la familia se denominaba violencia intrafamiliar o violencia familiar. El término de violencia doméstica aparecería aproximadamente en el año 1984, cuando se dieron los primeros datos estadísticos sobre la violencia que se producía dentro de la familia. Tras unas primeras reacciones de rechazo por parte de la sociedad y de los poderes públicos ante estas situaciones de violencia, se celebra en el año 1987 en Madrid el Primer Congreso de Organizaciones Familiares que definía la violencia familiar como "toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de esta". Así, el término de violencia familiar era identificado dentro del término violencia doméstica, siendo ésta cualquier forma de acción violenta ejercida por un miembro de la familia sobre otro[283].



[283] MONTALVÁN HUERTAS, I. *Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico,* Grupo de expertos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, Madrid, 2006, pág. 6. Véase BANDURA, A. *Moral disengagement in the perpretation of inhumanities*, *Personality and Social Psychology Review*, 3, Washington, D. C., 1999, págs. 193-209. COKER, A. L., SMITH, P. H., BETHEA, L., KING, M. R. y MCKEOWN, R. E. "Physical health consequences of physical and psychological intimate partner violence", *Archives of Family Medicine*, núm. 9, Stanford, 2000, págs. 451-457. HERMAN, J. L. "Recovery from psychological trauma", *Psychiatry Clinical Neuroscience*, núm. 52, Washington, D. C., 1998, págs. 145-150.

Como vemos en el esquema, el término violencia doméstica en esa época abarcaba todo tipo de violencia dentro de la familia sin distinguir la misma según se produjese a uno u otro miembro. No será hasta el año 1989 cuando se introdujo por primera vez como un delito de lesiones específico.

El 17 de diciembre de 1997[284]se produce un hecho que despierta un gran interés social. Una mujer es asesinada por su marido tras dar a conocer públicamente la violencia que había venido sufriendo durante su matrimonio. Esto hace que las asociaciones en defensa de la mujer se pongan en pie de guerra para pedir a los poderes públicos el cumplimiento de las Declaraciones Internacionales suscritas por España. En el año 1998 el Defensor del Pueblo[285] publica un informe que pone en el punto de mira este problema, llamado "Informes, Estudios y Documentos. La violencia domestica contra las mujeres", momento en el que los poderes públicos y la sociedad, empiezan a darse cuenta de la necesidad de utilizar un término concreto que identifique la violencia ejercida sobre la mujer, ya que hasta entonces, tal y como hemos dicho, lo introducíamos dentro del concepto de violencia intrafamiliar o violencia doméstica Señala el informe del Defensor del Pueblo que hasta ese momento no había datos pormenorizados de la violencia doméstica contra las mujeres porque no había suscitado ni interés social ni jurídico, debido al papel reservado tradicionalmente a la mujer[286].

Dada la incertidumbre que generaba el concepto de violencia doméstica[287], debido a la ausencia de definición legal, la Fiscalía General del Estado en 1998 dictó la Instrucción número 1/1998, en la que utiliza un concepto amplio de violencia doméstica,

---

[284] El acusado fue condenado el 16-12-1998 por la Audiencia Provincial de Granada, donde se dictó un veredicto de culpabilidad por el jurado aplicando una pena de 17 años, con la agravante de alevosía y la atenuante de haber confesado el crimen a la autoridad.

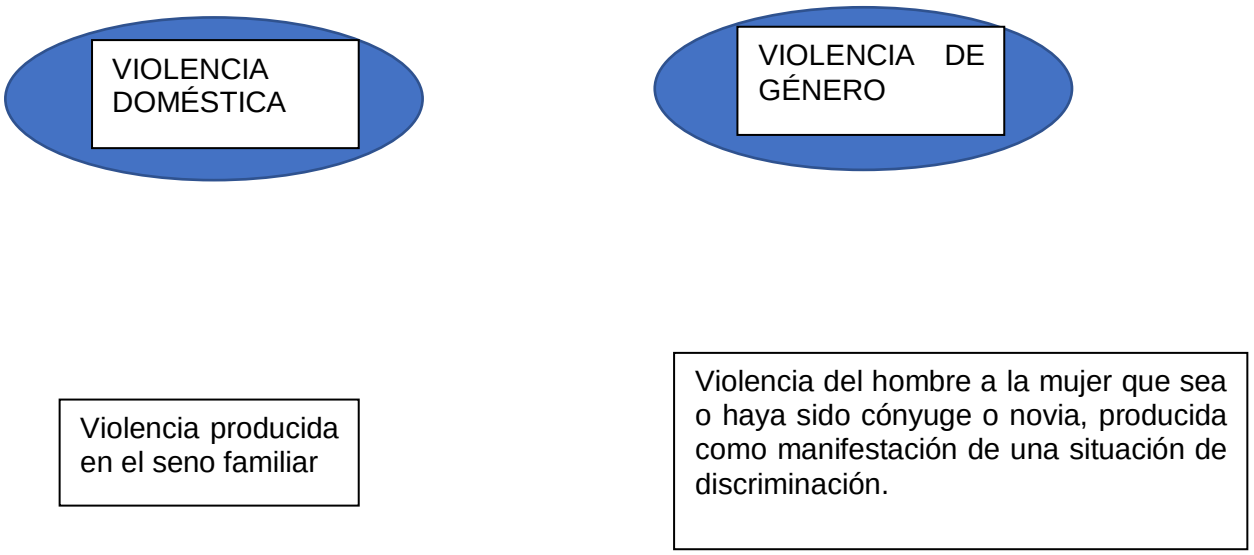
[285] DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informes, estudios y documentos. La violencia doméstica contra las mujeres*, 1998, pág. 1. Véase LARIZGOITIA, I. "La violencia también es un problema de salud pública", *Gaceta Sanitaria*, núm. 20, Madrid, 2006, págs. 63-70. LUACES GUTIÉRREZ, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. V. "La respuesta del derecho penal español ante la violencia doméstica", *Revista de Derecho Privado, nueva época*, 2014, núm. 13-14, Madrid, 2006, pág. 93-150. MATUD AZNAR, P. "Impacto de la violencia doméstica en la salud de la mujer maltratada", *Psicothema*, núm. 16, Oviedo, 2004, págs. 397-401. VV. AA. "Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas socio sanitarios", *Gaceta Sanitaria*, 18, Madrid, 2004, pág. 4-12.

[286] DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informes, estudios y documentos. La violencia doméstica contra las mujeres*, Óp. cit., pág. 1.

[287] MONTALVÁN HUERTAS, I. *Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico*, Óp. cit., pág. 6.

en cuanto que incluye las acciones u omisiones penalmente sancionables cuando se cometen por un miembro de la familia contra otro miembro que convive en el mismo domicilio. Tal Instrucción[288] incluía dentro de este ámbito: homicidio, asesinato, inducción al suicidio, aborto, lesiones al feto, lesiones detención ilegal, amenazas y coacciones, torturas, agresiones sexuales, allanamiento de morada, entre otros. Y utiliza en la misma el concepto de violencia doméstica o maltrato en el seno de la familia de forma indistinta.

Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las "Víctimas de Violencia Doméstica"[289], se incorpora el término de violencia doméstica a las normas procesales. Y ya en el año 2004, momento de gran clamor social, se crea la "Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género" quedando el panorama conceptual así:



[288] Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, pág. 2.
[289] Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

En efecto, la distinción entre ambos conceptos no es una cuestión pacífica en la doctrina, pues, tal como se verá en capítulos sucesivos, dicho concepto no abarca la violencia que se ejerce por parte de un hombre hacia una mujer con la que no se tiene ningún tipo de relación sentimental, reclamando ciertos sectores doctrinales que se amplíe su ámbito de aplicación y se cumplan las recomendaciones y compromisos internacionales.

Vamos, pues, a elaborar una línea de análisis acerca de cómo ha ido evolucionando la legislación en materia de violencia doméstica.

3.2. Evolución legislativa de la violencia doméstica

Ya hemos visto cómo la violencia familiar era un tema que venía ocultándose dentro de la sociedad, lo que determinaba que los poderes públicos no actuaran porque se consideraba que se trataba de un tema que quedaba dentro del ámbito de la familia. Sin embargo, esto cambió y a día de hoy se lucha por acabar con este tipo de violencia. Así, hemos considerado de especial importancia realizar un recorrido por la legislación para poder observar cómo ha ido cambiando la actuación de los poderes públicos en esta materia. Debemos recordar que en el capítulo segundo ya se hizo un análisis de la evolución de la igualdad de género, y existen puntos de conexión entre ellos.

La primera vez que el Código Penal regula los malos tratos y la violencia física dentro del domicilio conyugal es con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal[290], concretamente en el art 539 del Código Penal. De esta forma, se tipifica por primera vez la violencia habitual dentro del ámbito familiar como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto. Se castigaba así la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviera unida por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, sometido a la tutela o guarda de hecho, siempre que hubiera habitualidad, que la acción supusiera el ejercicio de la violencia física, que la acción violenta pudiera obedecer a cualquier fin,

[290] Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

que tanto el sujeto activo o pasivo fueran cónyuges o que estuvieran unidos por análoga relación de afectividad.

La Exposición de Motivos de dicha Ley justificaba este nuevo delito considerando que era necesario para proteger "a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros de este"[291]. De esta forma comienzan una serie de reformas penales enfocadas a castigar la violencia machista, y crear así un sistema donde se prevenía la agresión física. El problema se presenta en la difícil interpretación y aplicación de los preceptos penales que en numerosas ocasiones "se superponen entre sí e incluso producen una desproporción entre el hecho ocurrido y el castigo previsto"[292].

En el año 1995 se produce la primera reforma con la aprobación del nuevo Código Penal, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre[293], y el delito de violencia habitual pasa a regularse en el artículo 153 de dicho texto legal. Dado el incremento de acciones violentas habituales en el ámbito doméstico se produce un incremento significativo de la pena, pasando de seis meses de prisión a tres años. Se amplía también los sujetos víctimas de estos delitos; ya no solo van a ser víctimas las parejas de derecho y de hecho así como los hijos propios, sino también los del cónyuge o conviviente, y se incluyen los pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el autor/a o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro. Y por último, en alusión al régimen concursal, se establece que las penas correspondientes a este delito se aplicarán sin perjuicio de las que pudieran corresponder

[291] LAURENZO COPELLO, P. *La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político criminal,* Óp. cit., pág. 2. Tal precepto ha sido poco aplicado, no llegando a las 10 sentencias condenatorias entre los años 1989–1998. Véase POLO GARCÍA, S. y PERAMATO MARTÍN, T. "Aspectos procesales y sustantivos de la LO 1/2004", *CDJ*, núm. 1, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 17. Véase también MAÑAS NÚÑEZ M. "Mujer y sociedad en la Roma Imperial del siglo I", *Norba: Revista de historia*, núm. 16, Madrid, 1996, págs. 191-207. MARTÍNEZ MAZA, C. "Cristianas sabias, arquetipo femenino en el mundo tardo antiguo. Una aproximación historiográfica", *Revista de Historiografía*, núm. 22, Madrid, 2015, págs. 83-100. MIRÓN PÉREZ, M. "Madres de la patria: mujeres y poder político en Roma", en *Del patio a la plaza. Las mujeres en las sociedades mediterráneas* por Pilar BALLARÍN DOMINGO y Cándida MARTÍNEZ LÓPEZ, Universidad de Granada, Servicio de Publicaciones, Granada, 1995, págs. 31-38.

[292] MARTÍNEZ LEÓN, M. "Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional", *Revista de la escuela de Medicina Legal*, núm. 14, Madrid, 2010, pág. 20.

[293] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

por el resultado que, en cada caso, se causare. Como podemos ver, se incrementan las penas y las personas protegidas, pero se mantienen los requisitos de convivencia y de habitualidad, por lo que esta clase de violencia parece seguir atentando contra un interés esencialmente "doméstico".

La siguiente modificación de especial calado en nuestro ordenamiento jurídico penal se produce con la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, modificadora del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[294]. Concretamente esta Ley modifica el artículo 153, introduciendo la violencia psíquica como modalidad típica; así, la conducta que puede realizarse no solo es una violencia física, sino también psicológica. El círculo de sujetos activos y pasivos se vuelve a ampliar de nuevo, incluyendo ahora las relaciones matrimoniales o de hecho que hubieran existido en el pasado, es decir, los ex cónyuges y los ex convivientes ("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")[295]. Así se permitía que la agresión se produjera no solo en una relación existente sino también en una relación conclusa, algo bastante necesario, porque siguiendo a Núñez Fernández y Requejo Naveros, la mayoría de la violencia surge después de que una de las partes quiera poner fin a la relación existente[296].

Con esta modificación se recoge que 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 el art. 153, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores[297]. Más adelante realizaremos un análisis del delito de violencia habitual y nos centraremos en

[294] Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificadora del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.
[295] OLMEDO CARDENETE, M. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial,* Atelier penal, Madrid, 2001, pág. 91.
[296] NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género,* Colex, Madrid, 2006, pág. 81.
[297] RUEDA MARTÍN, M. y BOLDOVA PASAMAR, M. *La reforma penal en torno al a violencia doméstica y de género,* Atelier, Madrid, 2004, pág. 92.

dicho delito[298]. Con esta modificación se da el primer paso hacia una protección más abierta, ya que se protege a las relaciones pasadas y no sólo a las presentes[299]. Así se le otorgaba, siguiendo a Bolea Bardón, una naturaleza radicalmente distinta al delito de violencia doméstica, ya que no solo se protegía la paz familiar o del hogar, sino que abarcaba ya la integridad o dignidad de determinadas personas próximas al autor del delito.

Sin embargo, otras de las modificaciones que presenta la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, es en lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, más concretamente en los artículos 13 y 109, la introducción de un nuevo artículo 544 bis. Se persigue así, según señala la Exposición de Motivos, facilitar la inmediata protección de las víctimas en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita que se produzca un distanciamiento físico entre la víctima y el agresor, adoptándose tal medida como primeras diligencias.

En el año 2003 entra en vigor dos Leyes Orgánicas, por un lado la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre[300], de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y por otro lado la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[301].

Así, con la Ley Orgánica 11/2003 se introducen importantísimos cambios, el artículo 153 del Código Penal pasa a integrar su antigua redacción el artículo 173.2, modificando su ubicación sistemática para integrarse en el Titulo VII del Libro II bajo la

[298] BOLEA BARDON, C. *En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género,* Óp. cit., pág. 8

[299] *Ibídem*, pág. 7.Véase a RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Violencia en la familia estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2010, págs.13-34. TENA ARAGÓN, F. "Análisis sobre la evolución de la regulación de la violencia doméstica", *Manuales de formación continuada*, núm. 25, Madrid, 2004, págs. 77-130. CRUZ MORATONES, C. "Perspectiva judicial de la violencia de pareja y doméstica en España", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 36, núm. 3, Madrid, 2010, págs. 93-97. PERAMATO MARTÍN, T. "Aspectos jurídicos de la violencia de género", *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, núm. 51, Madrid, 2015, págs. 8-25.

[300] Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

[301] Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

rúbrica "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral". Se distingue con esta reforma un delito de malos tratos habituales que se encuentra dentro del artículo 173.2 y 173.3 del Código Penal y un delito de malos tratos no habituales del artículo 153 del Código Penal. Se amplía el elenco de sujetos pasivos, reconociendo no sólo a las relaciones matrimoniales sino también las análogas de afectividad aún sin convivencia. A los descendientes y ascendientes por naturaleza se les añade los hermanos en los mismos términos. Y tras mencionar a los menores e incapaces que convivan con el agresor o que se hayan sujetos a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, guarda del hecho del cónyuge o conviviente, se incorpora el inciso de cualquier otra persona que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, y personas que por su especial vulnerabilidad se hallen sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Por su parte, el artículo 153 del Código Penal convierte en delito cualquier conducta que consista en causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

Posteriormente, ya en el año 2004, es cuando, debido al elevado número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas, el legislador crea la LVIG[302], y con la que se pretende acabar con un problema que inquietaba profundamente a la sociedad y a los poderes públicos. Con esta Ley se introduce por primera vez en la legislación española el concepto de "violencia de género" permitiendo delimitarlo con el de la "violencia doméstica. No obstante, en el capítulo siguiente de este trabajo vamos a proceder a realizar un análisis de dicha Ley.

Así pues, vista la evolución legislativa de la violencia doméstica, vamos ahora a proceder a identificar el bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica.

[302] ACALE SÁNCHEZ, M. *El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 55.

3.3. Bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica

Con los delitos de violencia doméstica, el legislador pretende proteger la paz y el orden familiar y así lo reitera la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1998[303]. Sin embargo, la doctrina no es unánime en torno a cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de violencia domestica, ya que existen posturas que van desde que el bien jurídico protegido es la paz y el orden familiar, hasta las que defienden que es la dignidad humana.

Así, Del Moral García[304] considera que con los delitos de violencia familiar no solo se trata de proteger la integridad física sino también un deber jurídico que existe entre los parientes, es decir, la convivencia entre los miembros de la familia. Por su parte, Cuenca Sánchez señala que el bien jurídico protegido tiene un carácter mixto dado que se protege tanto la pacífica convivencia como la armonía que se da en el seno del grupo familiar[305]. Monge Fernández y Navas Córdoba señalan que los valores como la paz y la convivencia familiar son los que se pretende proteger con los delitos de violencia domestica[306].

Sin embargo, merece especial atención la postura de Acale Sánchez, que marca que [307] con la violencia doméstica solamente se protege la paz familiar. Dicha autora no señala como bien jurídico la convivencia familiar en sentido estricto, sino las condiciones que dan lugar a un libre desarrollo de los miembros en el seno familiar. Como señala Ramos Vázquez, es una autora que se encuentra más en un terreno

[303] Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familia.
[304] DEL MORAL GARCÍA, A. *El delito de violencia habitual en el ámbito familiar, CGPJ Delitos contra las personas,* Manuales de formación, Madrid, 1999, pág. 314.
[305] CUENCA SÁNCHEZ, J. C. "El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación", *La Ley*, Madrid, 1991, pág. 1185.
[306] MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A. "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer", *Actualidad Penal*, núm. 9, Madrid, 2000, pág. 188.
[307] ALCALE SÁNCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 133. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, jurídico y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, pág. 153.

intermedio entre la posición que recoge que el bien jurídico protegido es la paz o la convivencia familiar y la dignidad de la persona[308].

Así tenemos, como hemos dicho al principio, autores que defienden que la dignidad humana es el bien jurídico protegido en el maltrato familiar. Cervelló Donderis recoge que junto con la integridad física y psíquica se está protegiendo también principalmente la dignidad humana, ya que la conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que la persona ostenta como titular de derechos[309]. En esta misma línea tenemos a Gómez Rivero, quien identifica que "el clima mismo en que se contextualiza la relación típica determina que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo para entroncar con conceptos más amplios de dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad, cuya tutela supera la contemplación aislada de los resultados lesivos que eventualmente llegaran a producirse"[310].

En contra de considerar que la dignidad humana sea el bien jurídico protegido tenemos a Gracia Martín, pues entiende que la dignidad humana no es ningún bien jurídico protegido, sino un atributo de toda persona por el mero hecho de serlo, que "colma un principio de justicia de validez a priori y que el artículo 10 CE erige en fundamento del orden político y de la paz social". Rechaza que la dignidad humana pueda admitir graduaciones materiales o valorativas, siendo así la dignidad humana un atributo totalizador, y que se traducen "en la diversidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales". De esta forma, sigue este autor señalando que todo bien jurídico protegido, ya sea la vida, la integridad física, salud personal etcétera, se reconduce finalmente a la dignidad de la persona de tal forma que cualquier atentado a dichos bienes lo es también una lesión a la dignidad. Así, cualquier delito cometido contra la persona, como puede ser el homicidio, detenciones, injurias, etcétera, es al final un atentado a la dignidad de la persona; ocurre lo mismo con los malos tratos,

[308] RAMOS VÁZQUEZ, J. A. *La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma*, Óp. cit., pág. 745.
[309] CERVELLÓ DONDERIS, V. "El delito de malos tratos, su delimitación con el derecho de corrección", *Poder Judicial*, núm. 33, Madrid, 1994, pág. 53.
[310] GÓMEZ RIVERO, C. "Algunos aspectos del delito de malos tratos", *Revista penal*, núm. 6, Madrid, 2000, pág. 71.

siendo por ello, que la dignidad no "pueda ser en puridad un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible, ni, más concretamente, un bien jurídico residual para los tipos delictivos que, como el de los malos tratos, no tienen una clara vinculación con algún concreto bien jurídico personalísimo"[311].

Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado que el bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica es la preservación de la familia en una comunidad de amor y libertad donde debe de existir el respeto mutuo y la igualdad, protegiéndose así la paz familiar junto con el clima de sometimiento y de atemorización[312].

Como podemos observar se trata de un bien jurídico protegido distinto al que se protege con la violencia física o psíquica cuando no se producen dentro del ámbito familiar, es decir, es un bien jurídico protegido mucho más amplio y relevante, ya que lo que queda afectado son los valores de la persona y el núcleo familiar del sujeto[313]. En otras palabras, y en la línea de lo que el Tribunal Supremo señala, se trata de proteger "los valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de la persona y la protección de la familia"[314].

Desde nuestro punto de vista, somos partidarios de considerar que la paz familiar es realmente el bien jurídico protegido, dado que dichos delitos tienden a conseguir una convivencia pacífica entre los miembros de la familia, impidiendo que tales actos puedan afectar al desarrollo de la personalidad de los sujetos, especialmente de los menores. Luego ya dependiendo de la forma de manifestarse esa violencia, es decir, si la violencia es física o psíquica, por ejemplo, tendrá un bien jurídico más específico. Sí que nos manifestamos a favor de la necesidad de que exista un Título específico dentro del Código Penal que recoja todos los delitos que se pueden producir en el seno de la familia.

---

[311] GRACIA MARTÍN, L. "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, núm. 31, págs. 581-582.
[312] STS 927/2000, de 24 de junio, Fundamento Jurídico 3.
[313] RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma", *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 9, La Coruña, 2005, pág. 744.
[314] STS 5801/2000, de 7 de septiembre, Fundamento Jurídico, 3.

Por lo tanto, la conducta que atenta contra ese bien jurídico protegido, puede ser manifestada a través de la violencia física, psicológica, sexual, o contra la libertad de las personas[315]. Así, antes de pasar a ver el bien jurídico protegido en cada uno de los tipos de delitos en los que se puede manifestar la violencia doméstica, vamos a identificar los sujetos activos y pasivos que pueden intervenir.

3.4. Sujetos del delito de violencia doméstica

En los delitos de violencia doméstica, el sujeto activo y pasivo pueden ser tanto hombres como mujeres, pero deberá de existir una relación como la que se describe en las líneas siguientes;

- Cónyuge o excónyuge del agresor o agresora, o que mantenga o haya mantenido una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Se trata de la violencia producida en la pareja donde el sujeto activo puede ser hombre o mujer al igual que el sujeto pasivo. Abarca la violencia intragénero, que es aquella violencia que se produce en las parejas homosexuales, es decir, parejas del mismo sexo. Debido a la entrada de las nuevas formas de familia compuesta por personas del mismo sexo, el número de personas maltratadas a manos de sus parejas del mismo sexo se ha incrementado notablemente[316]. Existen posiciones doctrinales que señalan que se trata de una violencia que debería ser denominada violencia de género. Sobre este último punto entraremos a evaluar en otro capítulo de esta tesis. También abarca la violencia que ejerce la mujer frente al hombre, que también ha incrementado en los últimos años[317].

---

[315] FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, P. "Respuestas a la violencia doméstica: un estudio multidisciplinar", *Cuadernos de trabajo de investigación*, Centro de Estudios de la mujer, 2002, pág. 25. Véase también a CASTELLÓ NICAS, N. "Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido", *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, págs. 53-80. NÚÑEZ CASTAÑO, E. "La violencia doméstica en la legislación española, especial referencia al delito de maltrato habitual", *Revista de estudios de la justicia*, núm. 12, Madrid, 2010, págs. 100 y ss.

[316] ALCAIDE, P. "La violencia intragénero, violencia invisible", *Noticia de e-noticias FSC Cataluña*, 2018. Recoge que "en España, el colectivo LGTB+ de Madrid (COGAM) y la Universidad Complutense de Madrid, han realizado recientemente un estudio en el que un 30% de los participantes reconoce haber ejercido violencia sobre su pareja, el 60% conoce a alguna persona que ha vivido en una relación de violencia intragénero y un 82% manifiesta haber sufrido LGTB+ fobia".

[317] Datos recogidos del INE, el 28 de mayo del 2018. En 2017 se registraron 4.908 personas denunciadas en asuntos de violencia doméstica, un 5,7% más que en el año anterior. De ellas, el 73,1% fueron hombres

- Descendientes, siendo indiferente que sean o no mayores de edad. La reforma 11/2003, de 29 de septiembre, en vez de hijos se refiere a descendientes, por lo que se incluye igualmente a los nietos. Se trata de maltrato ejercido sobre los hijos o descendientes, especialmente sobre los menores de edad. Una de las definiciones más claras, de las publicadas[318] hasta ahora, es la que considera el maltrato infantil como toda acción, omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere en su desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores son personas del ámbito familiar. Las distintas variables [319]posibles en este tipo de violencia son: que la violencia se ejerza por uno de los progenitores hacia los hijos, conociéndolo el otro progenitor, pero ejerciendo una conducta omisiva. Es posible también que el otro progenitor desconozca la situación de violencia que viene ejerciéndose por el otro progenitor hacia los hijos o alguno de los hijos. Por último, que sean ambos progenitores los que están ejerciendo la violencia sobre los hijos. Es importante destacar aquí cómo algunos autores han considerado que la mayoría de los menores que han sufrido violencia por sus progenitores van a reproducir esa conducta en el futuro.

- Hijos del cónyuge o del conviviente. Se incluyen igualmente los descendientes (incluyendo por consiguiente a los nietos) del cónyuge o conviviente, sin que se extienda a los descendientes del ex cónyuge o del ex conviviente.

- Ascendientes[320] y hermanos. Los ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, tanto propios como del cónyuge o conviviente. La inclusión de los hermanos se produce por la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

---

y el 26,9% mujeres. A diferencia del año anterior, se produjo un aumento tanto en el porcentaje de hombres denunciados (7,4%), como en el de mujeres denunciadas (1,3%).

318 SORIANO FAURA, F. *Promoción del buen trato y prevención del maltrato en la infancia en el ámbito de la atención primaria de la salud*, PrevInfad, infancia y adolescencia, 2011, pág. 2.

319 FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, P. "Respuestas a la violencia doméstica: un estudio multidisciplinar", *Cuadernos de trabajo de investigación. Centro de Estudios de la mujer*, Madrid, 2002, pág. 73.

320 GARCÍA RUIZ-ZORRILLA. J. "La violencia de los hijos hacia los padres; más preguntas que respuestas", *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*. Por violencia filio-parental (VFP) se entiende tradicionalmente "el conjunto de conductas reiteradas de agresiones físicas (golpes, empujones, arrojar objetos), verbales (insultos repetidos, amenazas) o no verbales (gestos amenazadores, ruptura de objetos apreciados), dirigida a los padres que ocupan su lugar".

- Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se extiende a los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el agresor o sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

- Otras personas integradas en la convivencia familiar, o personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. Se pretende abarcar todos los supuestos imaginables integrados en el núcleo de su convivencia familiar, cualquiera que sea su relación.

- Personas especialmente vulnerables. Se extiende a aquellas personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De esta forma, visto hasta aquí el bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica, así como los sujetos que intervienen en estas conductas, vamos a proceder a realizar un análisis de los tipos penales a aplicar en cada una de las formas de manifestarse la violencia doméstica.

3.5. Tipos delictivos

Las formas de manifestarse la violencia doméstica son diversas; por ello, antes de analizar cada uno de los tipos penales que vamos aplicar, consideramos que es necesario proceder a ejemplificar los supuestos de hecho e identificar los tipos penales aplicables en cada caso.

1. Un padre pega a un hijo menor de doce años causándole un traumatismo en la que se requiere un tratamiento médico; se trata de un delito del artículo 147.1 del Código Penal que, al haber recaído sobre un menor de doce años, permite aplicar la agravación del artículo 148.2.

1. Si el hijo es mayor de doce años, pero se trata de una persona discapacitada necesitada de especial protección, los preceptos posibles de aplicación serían los mismos que los anteriores.

2. Lo mismo ocurriría si la víctima es una persona especialmente vulnerable que convive con el autor, siempre que se demuestre esa situación de vulnerabilidad, aplicando en este caso la agravante del artículo 148.5.

3. El marido que da una bofetada a su mujer, causándole una lesión donde se requiera un tratamiento médico o quirúrgico, se aplicaría el artículo 147.1 con la agravante del artículo 148.4 que abarca si la víctima fuera esposa o mujer que estuviera o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. En este caso en concreto, aunque el tipo penal sea el mismo, la denominación no sería la misma, es decir, en vez de ser considerado violencia doméstica se consideraría violencia de género, siempre y cuando, se trate de una violencia ejercida como manifestación de una situación de discriminación o de relaciones de poder.

4. Una bofetada de un miembro de la familia, como puede ser de una madre a un hijo, de forma aislada, sin causar ningún tipo de lesión que no conlleve un tratamiento médico o quirúrgico, es decir, una lesión de menor gravedad, al producirse en el seno de la familia, se aplicaría el artículo 153.2 Código Penal.

5. Si la bofetada anterior se propina del marido a su mujer, el precepto aplicable sería el 153.1 del Código Penal. Aquí si viene una pequeña variación no solamente conceptual, sino también penal. Es decir, desde un punto de vista conceptual, hablaríamos de violencia de género si, como ocurre en el caso 4, se prueba que fue una violencia ejercida como manifestación de una situación de discriminación del hombre hacia la mujer. Ahora, desde el punto de vista punitivo, la pena privativa de libertad a aplicar sería la de seis meses a un año, mientras que en el caso cinco la pena privativa de libertad sería de tres meses a un año.

6. En el supuesto de que habitualmente se venga ejerciendo violencia física de un padre o madre por ejemplo a un hijo, el precepto aplicable sería el artículo 173.2 del

Código Penal, denominándose por tanto violencia doméstica. Si esta misma conducta fuera de un hombre a su novia o mujer la pena aplicable sería la misma, lo único que cambiaría sería el concepto, que podría denominarse violencia de género.

7. En el caso de las amenazas leves que un hombre pueda realizar sobre la mujer con la que ha mantenido o mantiene una relación sentimental, sería aplicable el artículo 171.4 del Código Penal, al igual que si la amenaza fuera dirigida a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Ahora bien, la pena aplicada se ve reducida cuando la amenaza sea leve pero sobre personas que el artículo 173.2 del Código Penal establece, es decir, sujetos víctimas de violencia doméstica.

8. En los supuestos en los que en la amenaza leve se utilicen armas o instrumentos peligrosos y las personas son las que recoge el citado artículo 173.2 del Código Penal, quedando fuera las mujeres con las que ha mantenido o mantiene una relación sentimental el sujeto o personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

9. Por su parte, las amenazas leves sobre las víctimas de violencia de género, se castigan en el artículo 172.2; ahora bien, se reduce la pena cuando la amenaza sea leve y se dirija sobre las víctimas de violencia doméstica, artículo 173.2 del Código Penal.

3.5.1. Delito de lesiones y maltrato ocasional

En el Titulo III del Código Penal, bajo la rúbrica de "De las lesiones" se recogen una serie de conductas que se desprenden del tipo básico del artículo 147.1 del mismo texto legal, y que afectan a la integridad corporal o a la salud, física o mental de las personas. Siendo objeto de agravación en base al artículo 148 del Código Penal cuando la víctima es persona que esté o haya estado ligado a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, supuesto de violencia de género que se analizará en el capítulo siguiente, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, supuesto de la violencia doméstica.

Dentro de dicho Título III del Código Penal encontramos también el artículo 153, donde se recoge el maltrato familiar, también llamado maltrato ocasional. Empezamos así analizando el tipo base del delito para luego analizar este delito de maltrato.

En el delito de lesiones son dos los bienes jurídicos protegidos: la integridad corporal y la salud física o mental del sujeto pasivo. Como se puede ver en el tipo base del delito de lesiones, las mismas pueden afectar a la integridad física pero también a la integridad psicológica.

Cabe destacar aquí que, en lo relativo a la integridad psíquica, nuestro Código Penal no la castigó hasta la entrada en vigor de la ya citada Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con los delitos de violencia psíquica se protege la salud mental, considerando el Tribunal Supremo que para apreciar este tipo de violencia, no basta cualquier maltrato psicológico sino que debe de tener suficiente entidad para ser considerado maltrato[321]. En definitiva, se trata de proteger ante conductas verbales violentas la psiquis del sujeto pasivo, que puede acabar afectando así a su salud mental. Por su parte, siguiendo a Muñoz Conde, en el delito de lesiones psíquicas se produce un problema, como es el de daño colateral psíquico que conlleva una lesión física sobre la víctima o de un tercero. Se trata del impacto afectivo que puede causar por ejemplo un asesinato en los familiares de las víctimas asesinadas.

Nuestro Derecho Penal español considera dicho impacto como factor agravante de la pena a través de la regla del artículo 66.1, 6º y 7º, y puede además ser considerado como un delito autónomo de lesiones[322]. No se trata de un simple efecto colateral inherente al resultado del delito que se ha cometido, dado que cualquier persona puede verse afectada ante tal situación, sino que se trata de una patología o trastorno psicológico y que se produce directamente como consecuencia de una acción brutal. Lo vemos más claramente en el caso de un padre que estrangula a la hija con el fin de hacer

[321] STS 414/2003, 24 de marzo de 2003, Fundamento Jurídico 4.
[322] MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 105.

sufrir a la madre. El Tribunal Supremo consideró que, para dichos supuestos, el daño psíquico en la madre era inherente al propio resultado, y por lo tanto, el impacto que causa en unos padres el asesinato de su hijo ya es tenido en cuenta en la valoración del asesinato con las penas más graves[323].

El tipo base de la conducta recoge la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico, característica fundamental del mismo y hecho que permite diferenciar entre delito grave o menos grave, pues en los casos donde la lesión no precisa un tratamiento médico o quirúrgico o si simplemente necesita una asistencia facultativa, constituye un delito menos grave, considerándose como residual[324] cuando la conducta no cumple con los requisitos del artículo 147.1 del Código Penal. La diferencia entre la asistencia y el tratamiento médico o quirúrgico se diferencian, siguiendo a Muñoz Conde[325], en que la asistencia es la ayuda que se presta a quien tiene un problema sin necesidad de realizar ninguna medida curativa. Así, por el contrario, el tratamiento es un conjunto de actos realizados en un periodo de tiempo que tienen una finalidad de tratar y curar al paciente. Añade el Código Penal que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. De esta forma, todo lo que exija un tratamiento o plan terapéutico que debe ser desarrollado en el tiempo tiene que considerarse como delito. Sin embargo, todas aquellas conductas que son meras cautelas o medidas de prevención, como por ejemplo la obtención de radiografías, pruebas de escáner entre otras, si no se requiere una intervención quirúrgica, es decir, una intervención corporal, no se considerará tratamiento. En otras ocasiones, cuando la naturaleza médica de la intervención practicada no deja dudas, se ha prescindido de la prolongación de la asistencia y se ha calificado como tratamiento médico, por ejemplo, la endodoncia o la inmovilización de un tobillo[326].

[323] STS 1747/1997, de 9 de junio de 1998, Fundamento Jurídico 2.
[324] GONZÁLEZ RUS, J. J. "Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares afectivas o legales después de la LO 14/1999 de 9 de junio", *Revista jurídica de Andalucía*, Sevilla, 2000, pág. 110.
[325] MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte especial,* Óp. cit., pág. 109.
[326] Línea seguida por diversas sentencias STS 1598/1993, de 28 de febrero; STS 1224/1994, de 27 de diciembre.

La acción típica del delito puede ser llevado a cabo por medios indeterminados, es decir, puede realizarse por cualquier medio o procedimiento. Señala Alonso de Escamilla que tal formulación requiere que se puedan incluir tanto medios violentos, materiales o incluso de naturaleza psíquica[327]. Se trata de un delito doloso, cuyo ánimo de lesionar no se refiere al resultado, sino a la acción, conociendo que, como consecuencia de la acción que voluntariamente se desarrolla se va a producir un resultado de lesiones[328] .

En definitiva, cuando entre el sujeto activo y pasivo no hubiera ningún tipo de relación de convivencia, ni tampoco se encontraran sometidas a custodia o guarda del sujeto activo o bien en un centro público o privado, y la lesión no es de las previstas en el artículo 147.1, o le golpearan o maltratara de obra sin causarle lesión, se aplicaría el artículo 147.2 del Código Penal, pero ya no estaríamos ante un delito de violencia en el ámbito familiar.

Ya hemos analizado la conducta base del tipo delictivo; ahora es necesario señalar cómo el artículo 148 recoge una serie de agravaciones que para Conde-Pumpido coinciden con el medio que se ha empleado por el sujeto activo, que en definitiva viene a representar, en muchas ocasiones, el índice de peligrosidad de la acción[329]. Dada la materia que estamos estudiando, nos vamos a centrar en las agravaciones del apartado 4

---

[327] ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Derecho Penal, parte especial*, Óp. cit., pág. 73. Véase también a MARTÍNEZ MAROTO, A. *El maltrato a personas mayores y su regulación en la legislación española*, Óp. cit., págs. 13-17. JAVATO MARTÍN, M. *Violencia, abuso y maltrato a personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2010, pág. 103 y ss. CONDE-PUMPIDO, C. *Código Penal comentado*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 460-461. Por tratamiento médico, según señala el Tribunal Supremo, "se entiende aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable" STS 10245/1993 de 06 de febrero de 1993, Fundamento Jurídico 2, en este mismo sentido, STS 1200/1994 de 30 de diciembre de 1994. No se incluyen "las medidas puramente preventivas como la obtención de radiografías, scanner, o resonancias magnéticas, o sometidas a observación que no fueran medidas de intervención propiamente dichas ni los análisis ni la aplicación de colirios no necesarios para la curación, en cuanto calificados de mero elemento preventivo". El tratamiento quirúrgico se ha definido como "el restaurador del cuerpo para restablecer o corregir, por medio de operaciones naturales e instrumentales, cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión, en la que se incluye el acto de la costura con que se reúnen los labios de una herida, precisa para restañar el tejido dañado y volverlo al estado que tenía antes de producirse la agresión". AAP 71/1999, de 25 de febrero de 1999, Fundamento Jurídico 2, así como las siguientes sentencias, STS 764/1994, STS 1764/1994, STS 1449/1993, STS 892/1995 y STS 391/1996.

[328] STS 8358/1999, de 22 de diciembre de 1999, Fundamento Jurídico 4.

[329] CONDE-PUMPIDO, C. *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, Óp. cit., pág. 1873.

y 5 del citado precepto, las cuales agravan la pena en función de la relación que tenga la víctima con el sujeto activo del delito, novedad que se introdujo por la LVIG.

Como se puede observar, en el apartado cuarto se trata de conductas punibles que integran esa violencia de género, que será analizada en el capítulo siguiente del trabajo, y que aquí simplemente hay que destacar que la víctima debe de ser o haber sido esposa o mujer ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. En consecuencia con lo expuesto, el sujeto activo deberá de ser un hombre y el pasivo una mujer, requiriéndose que entre ellos estén o hayan estado unidos por una relación sentimental, sin necesidad de que haya existido una convivencia, y en donde, las relaciones de noviazgo están incluidas. Siguiendo a Alonso de Escamilla, resulta evidente que el legislador ha optado por un sistema de discriminación positiva directa, elemento normativo que se ha visto analizado en el capítulo primero del trabajo.

En lo que respecta al apartado quinto del artículo 148, se refiere al supuesto de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, supuesto de violencia doméstica. Uno de los problemas que presenta este inciso es la falta de definición del concepto de persona especialmente vulnerable, que como señala Alonso de Escamilla, no se encuentra definido, aunque sí se encuentra identificado en algunos preceptos del Código Penal con la edad, enfermedad o situación. Por otro lado, se exige además una convivencia entre la persona especialmente vulnerable y el sujeto activo, algo que, como señala la citada autora es paradójico ya que, por ejemplo, para la agravación de cuándo la víctima es mujer con la que el sujeto ha tenido una relación sentimental, no se exige. Por su parte, la doctrina de la Fiscalía General del Estado señala que este inciso es una forma de ampliar la protección especialmente a los hijos menores de edad de las víctimas de violencia de género, ampliándose así a los incapaces que estuvieran también integrados en el entorno de la mujer maltratada. Señala la Fiscalía General del Estado que de esta forma la LVIG reconoce situaciones que afectan también a ciertas personas del entorno familiar cuando se produce una situación de violencia de género. Como se puede observar, el criterio de persona especialmente vulnerable está relacionado con la violencia doméstica y no con la violencia de género. Respecto a la convivencia, y siguiendo a Alonso de Escamilla, no parece preciso que dicha convivencia tenga que ser

permanente, lo cual permite que la misma sea de acogida temporal por ejemplo la que se producen respecto a hijos o padres[330].

En este punto, consideramos que este inciso permite proteger la violencia que se produce en el seno de la familia, no reduciéndose a los hijos, sino la violencia que una mujer realiza sobre un hombre que se encuentra en situación de dependencia, por ejemplo, postrado en una cama, cuestión que veremos en el capítulo sexto del trabajo, o sobre los ancianos que conviven con el sujeto activo del delito, cuestión que se verá en un apartado de este capítulo.

Por otro lado, existen dos supuestos de cualificación obligatoria con base en el resultado producido, recogido en el artículo 149 y 150 del Código Penal. En concreto el artículo 149 utiliza la fórmula de "por cualquier medio o procedimiento", de carácter indeterminado, y comprende tanto medios físicos como psíquicos y activos u omisivos. El artículo 149 utiliza la fórmula de "pérdida o la inutilidad", usándose ambos conceptos como sinónimos. Cuestión controvertida es la diferenciación entre órgano o miembro principal o no principal, diferencia entre el artículo 149 y 150 del Código Penal. Se trata de un concepto valorativo, que ha sido criticado por la doctrina por sus problemas interpretativos. La búsqueda de un criterio objetivo puede llevar a considerar que todos los órganos son principales, porque desempeñan alguna función concreta y necesaria, o bien a una opuesta, que señala que solo son principales aquellos con los que no se puede vivir. Así pues, si nos atenemos al Diccionario de la Real Academia Española: órgano es cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función propia, en tanto miembro es cualquiera de las extremidades del hombre o de los animales, articulada con el cuerpo. Así, el concepto de miembro comprende toda parte del cuerpo dotada de funciones propias, lo que supone la inclusión de los órganos, y se afirmaba así que, para distinguir si era principal o no estaríamos según que tales funciones fueran o no autónomas[331]. Sin embargo, no siempre desde un punto de vista jurisprudencial se ha llegado a soluciones uniformes. Lo que no ha ofrecido dudas es el hecho de considerar como miembro principal un brazo, ojo, testículo, útero, riño. Y siendo no principales la

[330] ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Derecho Penal, parte especial*, Óp. cit., pág. 80.
[331] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, julio, Madrid, 2011, pág. 52.

vesícula biliar, pero respecto al bazo en ocasiones se ha calificado como no principal, y en otra principal[332].

Vamos ahora a realizar un análisis del artículo 153 del Código Penal, supuesto considerado como maltratos ocasionales dentro del ámbito familiar. Dicho precepto penal se introdujo por primera vez con la LO 3/1989[333], con la finalidad de proteger a los miembros más débiles de la familia o grupo familiar frente a conductas agresivas de otros miembros de la misma familia. En dicho precepto el primero de los apartados se refiere a los casos de violencia de género, es decir, cuando la víctima es una mujer con la que tiene o ha mantenido una relación sentimental el autor del delito, cuestión que será objeto de análisis más profundo, como ya hemos advertido, en el capítulo cuarto del trabajo. Así, aquí consideraremos los casos donde la víctima es persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, o bien personas que se mencionan en el artículo 173.2 del Código Penal, es decir, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La tipificación de este tipo de conductas que se recogen en el artículo 153 del Código Penal se vincula a la protección del ámbito familiar. Con este precepto no se deja indefenso al género masculino, aunque dicho precepto está inspirado en la violencia de género, ya que se trata de respetar, defender y pretende restaurar otorgando una mayor protección a la mujer, ya que la pena es mayor cuando la víctima de este delito es la mujer, como señala Alonso de Escamilla y Lamarca Pérez, pero que dicha protección también se otorga a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, lo

[332] *Ibídem*, pág. 52. Véase la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión en la STS 7/1993, de 20 de enero.
[333] Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

cual, con dicha pena ya se está dejando la posibilidad de que se aplique también, como hemos señalado anteriormente, a hombres o mujeres pero que no tengan relación sentimental sino una relación familiar con el autor, atendiendo a esa especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. Como decíamos, no se deja sin protección al hombre, pues como señala Laurenzo Copello no es el género del agresor, sino la condición de víctima[334].

Respecto a la conducta que se castiga, no es el artículo 147.1, es decir, las lesiones que requieren un tratamiento médico o quirúrgico, sino lesiones menos graves o inclusive un golpe sin lesión, lo cual, cuando la lesión es más grave sí sería de aplicación el tipo base, pero si las lesiones no contemplan dicha gravedad entonces en vez de aplicar los apartados segundo o tercero del precepto 147 del Código Penal, tendríamos que aplicar dicho maltrato ocasional. Consideramos así este maltrato ocasional, ya que cuando se produce una habitualidad en el maltrato sería objeto de aplicación el artículo 173 del Código Penal, análisis que se realizará posteriormente.

El tipo penal incorpora un caso de agravación en el apartado tercero, imponiéndose la pena en su mitad superior cuando el delito se lleve a cabo en presencia de menores o utilizando armas o en el domicilio común o de la víctima o quebrantado una medida, o medida cautelar o de seguridad. En lo que respecta a la presencia de menores, la Circular 3/2004 de la Fiscalía General del Estado, así como la Circular 4/2005, señalan que es suficiente que concurra un solo menor, pero que, siguiendo a Asúa Batarrita, debería de ser menores que estén integrados en el ámbito familiar del los sujetos[335].

3.5.2. Delito de violencia familiar habitual

El maltrato doméstico es un problema pluridisciplinar que en los últimos años ha supuesto una gran alarma social, que se produce en el ámbito estrictamente privado y que puede ser de carácter físico y psíquico, causándose en todas las esferas sociales. Este delito de violencia familiar habitual aparece por primera vez con la ya citada Ley

[334] LAURENZO COPELLO, P. "La violencia de género en la Ley Integral", Óp.cit., pág. 80.
[335] ASÚA BATARRITA, A. *Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre*, Óp. cit., pág. 81.

Orgánica 3/1989 de 21 de junio, incorporándose al Código Penal de 1995 y reformándose posteriormente con las también citadas Ley Orgánica 14/1999 de 9 junio y con la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre.

El actual artículo 173.2 ha aumentado el contenido típico de la conducta, dado que permite que se pueda realizar tanto en su vertiente de violencia física como también psíquica, abarcando también un mayor número de sujetos pasivos, como víctimas de este delito.

El bien jurídico protegido en este tipo penal se extiende a la preservación de la paz familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, protegiendo a los miembros más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia[336]. Sin embargo, la doctrina no es unánime; tenemos a Carbonell Mateu y González Cussac, los cuales apoyan que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana en el seno familiar; también tenemos a Taramir Sumalla que señala la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante como manifestación del principio de dignidad humana, y que constituiría el bien jurídico protegido en este delito[337]. La jurisprudencia, por su parte, considera que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, y el derecho que tiene todo sujeto a no ser sometido a trato inhumano ni degradante dentro del ámbito familiar, así como la paz en el núcleo familiar[338].

Por nuestra parte, consideramos que se trata de un delito pluriofensivo ya que los bienes jurídicos protegidos que se ven conculcados son la dignidad de la persona y la paz familiar. Una paz familiar que en el momento de producirse ese maltrato está unida a la alteración del elemento esencial familiar, es decir, la necesariedad de una estabilidad emocional de los miembros de la familia.

---

[336] STS 927/2000, de 24 de junio, Fundamento Jurídico 4. GASPAR BLANCH, R. A. "La violencia habitual en el ámbito familiar", Aequalitas, núm. 9, Madrid, 2002, pág. 5. FUENTES SORIANO, O. *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 44.

[337] CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 140. TAMARIT SUMALLA, J. M. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Madrid, 1999, pág. 105.

[338] STS 66/2013, de 25 de enero, Fundamento Jurídico 3.

En cuanto al sujeto activo, es necesario que exista una relación de parentesco entre éste y el sujeto pasivo. En el caso de la relación conyugal o análoga de afectividad hay que señalar que se trata de una cuestión de violencia de género, mientras que todos los demás supuestos en los que existe una relación de parentesco, sea fuera de ésta, se trata de violencia doméstica. El Tribunal Supremo ha justificado que la ampliación del círculo de los sujetos pasivos que quedan afectados por este delito, así como por los delitos que ya hemos analizado, no es otra que extender la protección de aquellas relaciones que estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y la estabilidad en la relación de análoga afectividad a la de matrimonio[339].

Una de las cuestiones más debatidas sobre este precepto ha sido el elemento de habitualidad[340], ya que el precepto no señala un número concreto de actos de violencia para ser considerado habitual, exigiéndose, eso sí, una pluralidad de actos, proximidad temporal entre ellos, pluralidad en el sujeto pasivo e independencia sobre si los hechos han sido o no objeto de enjuiciamiento. Siguiendo a Rodríguez Núñez, la habitualidad no se debe identificar con la reincidencia, sino con la repetición sistemática y la tensión que provoca[341] entre acto y acto.

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, debida a los debates en torno al número de actos, ha exigido al menos tres conductas violentas[342], criterio apoyado también por la doctrina, siendo necesario para su cuantificación sumar tanto los actos de violencia física como psíquica. El Ministerio Fiscal, en la Memoria de 1998, establece dos concepciones, una objetiva y otra subjetiva: la objetiva, para la cual la habitualidad consiste simplemente en una repetición de actos con una relativa frecuencia; la subjetiva, que desde una perspectiva criminológica, la configura como una condición o cualidad del sujeto (padre, marido, hijo,…) con el que se mantiene o se ha

[339] STS 1376/2011, de 23 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.
[340] DEL MORAL GARCÍA, A. *Aspectos penales de la violencia doméstica. la actuación del ministerio Fiscal, Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. pág. 324.
[341] RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. "Violencia en el ámbito familiar", Óp.cit., pág. 174.
[342] La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, "el concepto de habitualidad es distinto del de reincidencia: no se exige, pues, que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el artículo 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras".

mantenido convivencia familiar. En una posterior Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990[343], se señaló que en lo que respecta al núcleo de discusión sobre la habitualidad y los requisitos que ésta debe reunir, se observan dos posiciones: la de quienes lo interpretan en un sentido jurídico de multirreincidencia en faltas de malos tratos, la que da lugar a una cuestión espinosa dado que afecta al principio de "non bis in ídem"; y la de quienes optan, en cambio, por seguir un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, aplicando la interpretación de la jurisprudencia

En definitiva, para apreciar la habitualidad en el maltrato, habrá que valorar: a. el número de actos de violencia que resulten acreditados: pueden tratarse de violencia física o psíquica que tengan relevancia penal y que resulten acreditados[344]; b. la proximidad temporal entre los actos violentos; c. la variedad de sujetos pasivos del delito: es independiente que los actos de violencia, se hayan ejercido sobre la misma persona o cualquier otra de las que comprende tal precepto. Este inciso no plantea dudas, más allá de que los sujetos pasivos deberán de estar integrados en un marco de convivencia[345]; d. y es independiente que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento. La cuestión debatida en torno a este requisito era la vulneración del principio non bis in ídem. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 estimaba que este principio no se vería vulnerado, dado que el bien jurídico protegido en el maltrato habitual es diferente del protegido en cada una de las acciones violentas que integran el tipo. Mayores problemas plantea el hecho de que se haya dictado una sentencia absolutoria, de tal forma que la posición mayoritaria estima que no podría apreciarse habitualidad, en caso de absolución, al predicarse la excepción de cosa juzgada[346]. Podemos decir por

[343] Circular 2/1990 de 1 de octubre sobre la aplicación de la reforma de la Ley orgánica 3/1989 de 21 de junio.

[344] PÉREZ RIVAS, N. "La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 del Código Penal Español)", *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, Medellín, 2016, pág. 5. BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J. *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 186. GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: (LO 14/1999, de 9 de junio): problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 65.

[345] DEL MORAL GARCÍA, A. *Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal*, Encuentros "violencia doméstica", Madrid, 2004, pág. 486.

[346] MORENO VERDEJO, J. "El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código Penal: aspectos procesales y sustantivos", *en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000, pág. 381.

tanto que la habitualidad es el elemento identificador del delito de maltrato, concepto que el legislador no ha definido pero que ha dado las pautas para su apreciación, dando lugar a que surjan dudas sobre ciertas cuestiones. El órgano judicial debe valorar los actos cometidos, y si los mismos tienen entidad suficiente que hagan que la víctima viva en un estado de violencia continua, para así apreciar la habitualidad.

El Tribunal Supremo[347] también se ha pronunciado en lo que respecta al elemento de habitualidad, de tal forma que sigue un criterio muy similar que el de la Fiscalía General del Estado, ya que señala que estas conductas reiteradas vienen a crear una atmósfera irrespirable de maltrato, ya que implicaría una vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos, aparte de que esto afectaría de forma negativa a los menores que están creciendo en un ambiente familiar de maltrato. Así, el Tribunal Supremo mantiene que para apreciar esa habitualidad habrá que estar a las pruebas, testimonios de la víctima y si ha habido o no sentencias anteriores condenatorias, teniendo en cuenta que se debe constatar en el acto si se está describiendo una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y si en dichas agresiones demuestran un ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, permitiendo todos estos elementos un juicio de certeza sobre la nota de la habitualidad .

Por lo tanto, a través de este precepto se procura una correcta forma de proteger a las víctimas del maltrato tanto físico como psíquico, siendo lo definitivo a la hora de tipificar estas conductas la vulnerabilidad de los sujetos pasivos y la habitualidad en la conducta del sujeto activo, añadiendo el peligro de que aumente ese daño para la salud física o psíquica como consecuencia de la vulnerabilidad y la habitualidad.

En conclusión, se trata de un delito que para poder proceder a su aplicación, se necesita que concurran;

a. La violencia física o psíquica, que se ejerza de forma habitual.

[347] STS 927/2000, de 24 de junio, Fundamento Jurídico 4.

b. Que la acción violenta pueda obedecerá cualquier fin.

c. Que entre los sujetos activos y pasivos exista una relación de las ya expresadas anteriormente.

Así, de lo expuesto, podemos observar que se trata de un delito de mera actividad, esencialmente doloso y que se consuma cuando se realiza la conducta típica de forma habitual. No caben las formas imperfectas de ejecución. Si como consecuencia de la violencia se produce una serie de lesiones típicas, habrá que acudir al concurso de delitos, posibilidad que el Código Penal contempla con la fórmula sin perjuicio utilizada por el legislador. El segundo párrafo de este tipo incorpora una agravación de la pena permitiéndose que se imponga en su mitad superior siempre que se utilicen armas, o en el domicilio de la víctima o quebrantando una pena o medida de seguridad o prohibición.

3.5.3. Delito leve de injurias y vejaciones injustas

El Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha considerado como delito leve las injurias y vejaciones injustas de carácter leve cuando la víctima es alguna de las personas recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal.

Se considera como injuria leve toda acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, en relación con el artículo 208 del Código Penal. La vejación injusta leve debe entenderse como todo trato degradante que menoscabe de forma leve la integridad moral de otra persona, en relación con el artículo 173.1 del Código Penal.

La subsunción de una conducta en alguno de estos delitos, sí se considera como delito leve, dependerá de la intensidad y por lo tanto de la gravedad de la misma, teniendo que ser valorado por los Tribunales.

Respecto al bien jurídico protegido en los delitos de injurias es el Derecho Fundamental al honor, la acción injuriosa es exteriorización por parte del sujeto activo de un insulto o una falta de dignidad o moralidad. La expresión injuriosa, siguiendo a Mestre Delgado, es la manifestación de los mensajes a través del lenguaje verbal o escrito, o mediante otras formas gráficas o alegóricas[348].

En los delitos de injurias y vejaciones injustas de carácter leve el núcleo de sujetos activos y pasivos queda reducido a las personas citadas en el 173.2 del Código Penal, como ya adelantábamos. Y, así, se trata de un delito doloso donde el sujeto activo debe conocer que su comportamiento lesiona la dignidad de otra persona y además quiere hacerlo. No cabe la comisión culposa ni imprudente, debido a la finalidad del sujeto activo que se persigue con dicho comportamiento. Además, es un delito de mera actividad, ya que para su consumación no se necesita que se produzca un resultado concreto y objetivamente contrastable con la realidad[349].

Por último, el Código Penal realiza un tratamiento distinto para que se produzca la persecución del delito de injurias leves o de vejación injusta de carácter leve; en el caso del primero se requiere la previa denuncia de la persona agraviada o representante legal y en el caso de la vejación injusta se procede a perseguir en todo caso, encontrándose así en el primer caso como un delito semipublico y en el segundo como un delito leve público.

3.5.4. Delito de amenazas

Con la LVIG se ha introducido en el artículo 171 del Código Penal una medida más de protección contra la violencia de género y contra la violencia doméstica.

En el apartado cuarto del citado precepto legal se castiga al que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligado a él por análoga relación de afectividad, supuesto de hecho que quedaría bajo la denominada violencia de género y que se analiza en el capítulo siguiente, así como también la

[348] MESTRE DELGADO, E. *Derecho penal parte especial,* Óp. cit., pág. 200.
[349] *Ibídem*, pág. 204. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal parte especial*, Óp. cit., pág. 160.

amenaza leve a persona especialmente vulnerable con el autor, supuesto que queda dentro de la violencia doméstica.

Téngase en cuenta que el legislador tampoco ha definido dicho concepto de vulnerabilidad, que bien puede referirse a personas enfermas, impedidas, o en situación de especial indefensión por su edad avanzada o edad temprana, como ya puntualizábamos anteriormente. En este supuesto basta con la realización de la amenaza leve para cometer el delito, sin necesidad de utilizar armas o instrumentos peligrosos[350].

Sin embargo, en el apartado quinto del mismo artículo se castiga al que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a algunas de las personas que cita el artículo 173.2 del Código Penal y que son víctimas de violencia doméstica. En lo que respecta a las armas o instrumentos peligrosos, el Tribunal Supremo ha señalado que cualquier tipo de instrumento puede ser peligroso siempre que su uso comporte un riesgo para la vida o la integridad física de las personas[351] .

Ya en el apartado séptimo del reiterado artículo se castiga al que de modo leve amenace a alguna de las personas también víctimas de violencia doméstica que quedan dentro del artículo 173.2 del Código Penal. Se trata del mismo supuesto del apartado quinto pero con una pena más reducida, ya que la víctima no es ni la mujer ni persona especialmente vulnerable.

En cuanto al bien jurídico protegido, hay dos posiciones al respecto. Una primera posición es considerar que el bien jurídico protegido en el delito de amenazas es la libertad, ya que el injusto en el delito de amenazas está constituido por el ataque a la libertad personal del sujeto, es decir, la pérdida de libertad en la toma de decisiones del sujeto[352]. Frente a esta posición tenemos aquellos que consideran que el bien jurídico

[350] LAMARCA PÉREZ, C. Delito de amenazas, en *Derecho Penal, parte especial*, Óp. cit., pág. 130. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Teoría y práctica de la investigación criminal,* UNED. Instituto universitario general Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, pág. 184.
[351] STS 580/2006, 23 de mayo, Fundamento Jurídico 6.
[352] En esta postura tenemos a MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte especial*, Óp. cit., pág. 160.

protegido en los delitos de amenazas es el sentimiento de tranquilidad del sujeto y la libertad personal en la fase de formación de la voluntad del sujeto[353].

Nosotros nos mostramos más a favor de considerar que el bien jurídico protegido en los delitos de amenazas es la libertad que tiene la persona sobre su propia voluntad, aunque esto implique de forma implícita que efectivamente se está protegiendo la seguridad del sujeto, pero se trata de un bien jurídico, éste último inherente al de la libertad de decisión, de tal forma que el sujeto no se vea obligado a tomar una u otra decisión en vistas de las amenazas que viene sufriendo.

Respecto a la conducta, la misma consiste en transmitir a la víctima el propósito de causar un daño real, inminente y serio, y no solo hay que tener en cuenta la gravedad del mal sino también la capacidad que el sujeto tiene para que la amenaza llegue a materializarse y la capacidad del sujeto pasivo para recibir ese peligro[354]. La amenaza puede ser de hacer o de dejar de hacer algo, y se consuma en el momento en el que el sujeto pasivo recibe la amenaza.

Existe la posibilidad de castigar con una agravación las amenazas leves del apartado cuarto y quinto cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio de la víctima o quebrantando una pena del artículo 48 del Código Penal o medida cautelar o de seguridad, pudiendo el Juez o Tribunal rebajar la pena en un grado atendiendo a las circunstancias personales del autor y a la circunstancias del hecho.

3.5.5. Delito de coacciones

Como ocurre con las amenazas, en la LVIG se ha añadido en el apartado segundo del artículo 172 del Código Penal las coacciones leves cuando van dirigidas a mujer con la que el sujeto activo mantiene o ha mantenido una relación sentimental, supuesto de violencia de género que se analiza, como ya hemos reiterado anteriormente, en el capítulo siguiente, castigándose con la misma pena cuando las coacciones leves van

[353] JAREÑO LEAL, A. *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 14.
[354] STS 701/2003, 16 de mayo, Fundamento Jurídico 5.

dirigidas a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, supuesto de violencia doméstica y que abarca lo analizado en este Capítulo.

Luego, en el apartado tercero del mismo precepto legal, se castiga las coacciones leves cuando van dirigidas a las personas que son víctimas de violencia doméstica y que se recogen en el artículo 173.2 del Código Penal.

La conducta consiste en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o bien compelerle a efectuar lo que no quiere, ya sea justo o injusto. El empleo de la violencia es lo que caracteriza al delito de coacciones, un concepto bastante complejo en el que se considera la fuerza física sobre las personas, pero que siguiendo a Cervelló[355] se ha extendido a los casos de intimidación y fuerza en las cosas. Sí que es cierto, que para la mayoría de la doctrina el concepto de violencia que se integra en el delito de coacciones abarca exclusivamente la fuerza física ejercida sobre las personas que, para Carbonell Mateu y González Cussac[356], si se incluye la intimidación plantearía un grave problema de distinción con el delito de amenazas condicionales, y siguiendo a Mira Benavent[357], hay que excluir de la fuerza moral el concepto de violencia en el delito de coacciones, ya que esa fuerza moral incide sobre la formación de la voluntad, lo que debe de darse en el delito de amenazas.

El delito de coacciones es un delito de resultado donde la conducta típica, como ya hemos señalado, puede consistir bien en impedir actuar o bien a hacer algo que no quiere. En el caso primero resulta conducta típica cuando la conducta no está prohibida por la ley, entendiendo en este caso, siguiendo a Lamarca Pérez[358], una prohibición que afecta a la Ley Penal, ya que el legislador no matiza que pueda ser una ley en concreto. En el supuesto de la segunda modalidad, como es obligar a efectuar lo que no se quiere, es una conducta comisiva, y que se trata de obligar a actuar a alguien que no quiere hacer algo, ya sea justo o injusto. En todo caso, y para ambos supuestos, siguiendo a

[355] CERVELLÓ DONDERIS, V. *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 44.
[356] CARBONELL MATEUR, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal parte especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 199.
[357] MIRA BENAVENT, J. "El concepto de violencia en el delito de coacciones", *Cuadernos de política criminal,* núm. 22, Madrid, 1984, pág. 170.
[358] LAMARCA PÉREZ, C. "Delito de coacciones", en *Derecho Penal, parte especial*, Óp. cit., pág. 135

Muñoz Conde, debe de existir una relación causar entre la conducta coactiva y el resultado.

Se requiere un dolo directo, es decir, que sea consciente y voluntaria la conducta dirigida a doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Para Carbonell Mateu y González Cussac se excluye el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual[359].

3.5.6. Delito de acoso

Este delito de acoso se debe al ya citado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que prevé que los Estados deberían de tipificar comportamientos que den lugar a amenazas contra las personas cuando se realicen de forma reiterada y que lleguen a temer por su seguridad. Lo que ha hecho el legislador español ha sido castigar tanto el acoso cuando se produce sobre una mujer que constituiría, como ya hemos venido reiterando, un caso de violencia de género, como sobre personas víctimas que constituirían la violencia doméstica. Por ello mismo, la finalidad del legislador a la hora de crear dicho precepto era proteger a la mujer en el marco de la violencia de género, ya que tanto la doctrina[360], entre ellos Bueno de Mata o Delgado Martín, así como la jurisprudencia[361] , consideran que dichas conductas de acoso son muy dadas en el contexto especialmente de la violencia de género.

En lo que respecta al bien jurídico protegido es la libertad del individuo; así, Alonso de Escamilla señala que con el acoso se trata de producir en la víctima los sentimientos de preocupación, temor, desasosiego e inseguridad, de tal forma que afecta directamente a la voluntad del sujeto en la libertad de tomar una decisión. Posición con

[359] CARBONELL MATEUR, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal parte especial,* Óp. cit., pág. 201.

[360] BUENO DE MATA, F. "Violencia de género: tratamiento procesal de la violencia de género a través de la red", *Práctica de Tribunales*, núm. 101, 2017, pág. 103. DELGADO MARTÍN, J. "La violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de comunicación", *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 4, Madrid, 2016, pág. 25. MAGRO SERVET, V. "Reforma del Código penal afectante a la violencia de género", *La Ley*, núm. 8539, Madrid, 2015, pág. 7. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 189.

[361] SAP de Madrid 439/2017, de 30 de junio, Fundamento Jurídico 5; la SAP de Madrid 491/2017, de 25 de julio, Fundamento Jurídico 6, y AAP de Murcia 774/2017, de 21 de septiembre, Fundamento Jurídico 3.

la que estamos completamente de acuerdo, ya que cuando se produce ese acoso sobre la víctima la libertad de la formación de la voluntad se ve perjudicada[362].

Respecto a la conducta recogida en el artículo 172. ter. apartado primero del Código Penal, se requiere que la conducta que se realiza contra la persona acosada altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, interpretándose como necesidad de que la víctima haya sufrido una perturbación, temor o inquietud[363], siendo el acoso reiterado e insistente. Las modalidades que se dan son, la primera, vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima. La segunda modalidad es la de establecer contacto con la víctima, a través de cualquier medio de comunicación o por medio de persona, bastando con que se intente contactar, aunque no se contacte con ella. Debe consistir, tal como dice la doctrina[364], en un acoso o persecución insidiosa, que debe de producir el resultado típico de delito. Se puede usar cualquiera de las tecnologías de la comunicación para intentar el contacto con la víctima. Otra modalidad sería la de la adquisición de productos, mercancías o la contratación de servicios mediante el uso indebido de los datos personales de la víctima o bien propiciar que terceras personas se pongan en contacto con ella usando datos personales[365] de la víctima. Modalidad que por ejemplo en los casos en que se anuncian servicios de naturaleza sexual ofrecidos supuestamente por la víctima, publicando sus datos. La cuarta modalidad requiere que se dé un atentado contra el patrimonio o la libertad de la víctima o de otra persona próxima a ella.

En todas estas modalidades, apoyando lo que señala Baucells i Iladós, es necesario que se dé un doble requisito: por un lado, deben de ser varios actos, por ello, la conducta tiene que ser insistente y reiterada, y por otro lado, deben de ser conductas idóneas para

[362] ALONSO DE ESCAMILLA, A. "El delito de stalking como nueva forma de acoso y ciberstalking y nuevas realidades", *La ley penal*, núm. 105, Madrid, 2013, pág. 284.
[363] ROIG TORRES, M. "El delito de acoso (art. 172 ter CP) como modalidad de violencia de género. comparativa con el «nachstellung» del derecho alemán", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 38, Santiago de Compostela, 2018, pág. 317.
[364] REQUEJO CONDE, C. "Reflexiones sobre el concepto de omisión en el delito de amenazas (especial consideración al ámbito de la violencia doméstica)", *Actualidad penal*, núm. 1, Madrid, 2003, págs. 449-465. CONDE PUMPIDO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Tomo. II, Madrid 1997, págs. 1922 y ss.
[365] GARCÍA MARTÍN, A. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 400.

alterar la vida cotidiana del sujeto, es decir, la forma de vivir el día a día[366], configurándose así como un delito de resultados.

3.5.7. Delito de agresiones sexuales

La esfera de la libertad que afecta a la sexualidad es el bien jurídico protegido de los delitos contra la libertad sexual, se protege de esta manera el derecho que tiene toda persona a decidir libremente la realización o no de actos de contenido sexual, actos que cuando media consentimiento que no está viciado son perfectamente lícitos. Junto con la libertad sexual, el Código Penal protege la indemnidad sexual, concepto que hace referencia al objeto de protección en el caso de menores o incapaces, que carecen o tienen limitada su capacidad para decidir libremente en este ámbito, claro ejemplo cuando el sujeto pasivo es una persona mayor de edad avanzada. Las agresiones sexuales se hallan previstas en los artículos 178 a 180 del Código Penal, donde se sanciona a quien atentara contra la libertad sexual de una persona con violencia o intimidación. Esto último es lo que permite distinguir las agresiones sexuales de los abusos sexuales.

a. Agresiones sexuales

-Artículo 178: delito base.

Se trata del tipo base de las agresiones sexuales, y que comporta una serie de comportamientos violentos de inequívoco contenido sexual, que no se dirigen a lograr el acceso carnal o la introducción de objetos. Se califican como tales los actos como los tocamientos, caricias, etc., y que suponen un contacto físico corporal entre el sujeto activo y pasivo, aunque nada impide que formen parte del ámbito típico conductas como obligar a la propia víctima a que realice tales tocamientos a sí misma, o incluso sobre terceros. En tales casos, es necesario que haya cierta entidad y trascendencia teniendo en

[366] BAUCELLS I ILADÓS, J. "Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento", en *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate* por María Concepción GORJÓN BARRANCO, Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, Ratio Legis, Madrid, 2014, pág. 85.

cuenta el contacto social[367]. Los elementos de violencia o intimidación son los que más claramente muestran la voluntad contraria del sujeto pasivo, y donde se protege la libertad sexual en su sentido más estricto, como libertad de decisión. La violencia supone la realización de un acometimiento físico sobre el sujeto pasivo, cuya entidad debe ser idónea y necesaria para conseguir doblegar la voluntad según las circunstancias de cada caso[368], debiendo existir, además, una relación causal con la finalidad sexual perseguida. Se califica también como agresiones aquellos hechos en los que el sujeto activo no necesita usar una violencia extrema por hallarse la víctima en situación de indefensión o agotamiento, por ejemplo, persona parcialmente inmovilizada. La resistencia de la víctima no tiene por qué ser heroica, bastando con que sea seria o razonable y exteriorizando su oposición de realizar la conducta, debiendo tener en cuenta en cada caso las circunstancias de la edad, fuerza física del agresor y agredido, lugar de los hechos, etc.[369].

Por otro lado, el concepto de intimidación consiste en el anuncio de causar un mal si no se realiza la conducta sexual requerida, pudiendo recaer la amenaza tanto en el sujeto pasivo como un tercero vinculado al mismo. El temor de la víctima ha de tener una entidad suficiente para que consienta la realización de la conducta, es decir, que el mal sea suficientemente grave. Así pues, se recoge que la gravedad debe ser apreciada atendiendo a un criterio objetivo y restringido de forma que, el mal con el que se amenaza al sujeto pasivo debe reunir los siguientes reguitos: tratarse de un mal constitutivo de delito, que el delito cuya realización se amenaza, que esté sancionado con una penal igual o superior a la violación y que en caso de tener una pena menor constituya un ataque contra la integridad corporal[370].

Las agresiones sexuales son tipos que requieren dolo directo, no siendo viable su comisión culposa. Se trata de tipos de mera actividad que se consuman con la realización de los tocamientos o caricias en el tipo básico. En caso de los delitos de

---

[367] LAMARCA PÉREZ, C. Delito contra la libertad e indemnidad sexual, en *Derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 150.
[368] STS 8852/2007, de 24 de octubre de 2007, Fundamento Jurídico 2.
[369] STS 8310/2007, de 20 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 1.
[370] GIMBERNAT ORDEIG, E. *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español con especial referencia a la violación intimidatoria*, Civitas, Madrid, 1969, págs. 184 y ss.

violación, se consumaría con la penetración de órganos sexual masculino por vía vaginal, anal o bucal o de objetos por las dos primeras vías en el supuesto de tipo cualificado. Cabe la tentativa inacabada, que en el tipo base, que es donde nos encontramos, se producirá cuando ejercitada la violencia o intimidación la conducta sexual no llega a realizarse[371].

- Artículo 179: violación.

Por violación hemos de entender el acceso carnal, tanto por vía vaginal como anal o bucal, así como la introducción de objetos por las dos primeras vías, añadiendo la introducción de miembros corporales por las mismas vías. Tanto al acceso vaginal como el anal, es aplicable la doctrina mayoritaria respecto a la antigua violación, que entendía suficiente, para su apreciación, la "*coniunctiomembrorum*", sin exigir que la "*immissiopenis*" sea completa y estimando indiferente que se produzca o no la "*immissioseminis*", posición que ha mantenido la jurisprudencia, señalando que es exigible un principio de "*introito*" de modo que tratándose de una penetración vaginal se superen los "*labiummius*" a partir de cuyo punto habrá que entender que se produce ya una penetración vaginal, sin exigir la rotura del himen[372].

El sujeto activo y pasivo puede ser tanto el hombre como la mujer; sin embargo, hay que poner de relieve que hay posiciones doctrinales que se han mostrado criticas en lo que respecta a la equiparación en penalidad de estas conductas, no siendo lo mismo que el sujeto activo sea hombre que sea mujer, considerando que la forma más grave de atentado sexual consiste en la penetración vaginal de órgano sexual masculino. En todo caso no hay que olvidar que la penetración anal y especialmente la introducción de objetos son modalidades que pueden comportar un mayor peligro para la integridad

[371] LAMARCA PÉREZ, C. "Delito contra la libertad e indemnidad sexual", en *Derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 159.
[372] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 85. Véase las sentencias STS 792/1995, de 20 de junio de 1995; STS 1131/1994, de 31 de mayo de 1994; STS 1845/1994, de 14 de octubre de 1994; STS 348/2005, de 17 de marzo de 2005; STS 1484/2005, de 1 de diciembre de 2005.

física, y en el caso de la penetración bucal, al riesgo claro de transmisión de enfermedades[373].

- Artículo 180: tipo agravado específico.

El artículo 180 contempla una serie de supuestos agravatorios que vamos a pasar a analizar a continuación: 1º, carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación. El carácter degradante o vejatorio debe ir referido a la violencia o intimidación, esto es, a los medios o formas empleados bien para lograr conseguir la voluntad del sujeto pasivo, bien para causar daños innecesarios, necesitando que la conducta denote algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual, es decir, que sea superior al ya ínsito en el hecho realizado por la fuerza o con intimidación[374]. 2º, realización de los hechos por dos o más personas. En esta modalidad se requiere que la conducta sea conjunta con acuerdo previo o simultáneo, aunque no sea necesario que todos realicen la agresión sexual. Cuando se sirve el sujeto activo de la ayuda de otras personas, se limita las posibilidades de defensa de la víctima. 3º, vulnerabilidad de la víctima. Este supuesto merece especial atención en lo que respecta a los atentados contra la libertad sexual realizados sobre personas de edad avanzada, cuyo desvalimiento puede ser similar e incluso en ocasiones de mayor entidad al tratarse de una conducta violenta. Es necesario que el sujeto activo conozca las causas de tal vulnerabilidad que le colocan en situación de especial superioridad. 4º prevalimiento de superioridad o parentesco; se trata de una relación previa que al tiempo que facilita la ejecución, supone una mayor antijuridicidad. En lo que respecta al parentesco, por si sólo no añadiría ningún desvalor, so pena de que se trate de un criterio moralizante[375]. 5º uso de armas u objetos peligrosos. Se trata de uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, resultando de aplicación tanto con respecto a los medios utilizados para ejercer la violencia que requieren los tipos de agresiones como en la realización de las concretas conductas sexuales y en la modalidad consistente en introducción de objetos.

[373] ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El delito de violación: la conducta típica,* Óp. cit., pág. 589.

[374] LAMARCA PÉREZ, C. "Delito contra la libertad e indemnidad sexual", en *Derecho penal parte especial,* Óp. cit., pág. 157. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 90. ORTS BERENGER, E. *Derecho penal parte especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 229.

[375] LAMARCA PÉREZ, C. "La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal", *Jueces para la democracia*, núm. 27, Madrid, 1996, pág. 56.

No basta la mera exhibición de estos instrumentos que será constitutiva de intimidación sino que es necesario que se haga uso de los mismos, que no implica la efectiva producción de un resultado lesivo, por ello está el inciso de que la pena se impondrá sin perjuicio de la que pudiera corresponder en caso de que en efecto se produzca la muerte o lesiones del sujeto pasivo[376].

b. Abusos sexuales

Regulados en los artículos 181 y 182 del Código Penal. Nos encontramos en el artículo 181 ante el tipo base de los abusos sin consentimiento, que supone la realización de determinadas conductas de contenido sexual que no consisten en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos realizada sin violencia o intimidación. Se trata de casos donde el consentimiento existe pero es irrelevante o inexistente. El Código Penal recoge en qué supuestos se produce abuso sexual sin consentimiento, como sería el caso de que la victima estuviera privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la victima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Respecto a la privación de sentido o abuso de trastorno mental, se señala que basta la existencia de una disminución psíquica de sus facultades que la hagan prácticamente inerme a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar de hecho anulados sus frenos inhibitorios tanto en el saber cómo en el querer, es decir, impedido de prestar un consentimiento consciente y libre[377]. En lo que respecta a la anulación de voluntad, no es necesario que se haya producido una pérdida de la conciencia total, bastando que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios[378]. Hay que añadir que se agravarán los abusos sexuales cuando consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por cualquiera de las dos primeras vías.

En lo que respecta al artículo 182 Código Penal, respecto al engaño, tradicionalmente se consideró limitado a promesas, expresas o tácitas, de matrimonio,

[376] ORTS BERENGER, E. *Derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 231.
[377] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Op.cit., pág. 92. Véase las sentencias STS 108/1993, de 1 de enero, STS 545/2000, de 27 de marzo.
[378] STS 680/2008, de 22 de octubre de 2008, Fundamento Jurídico 2.

pero actualmente se interpreta con un criterio más amplio, aunque debe tener por finalidad el conseguir el yacimiento a sabiendas que de no producirse el engaño no se consumaría el mismo.

Ya hemos realizado un análisis hasta aquí de los tipos penales empleados en materia de violencia de género; vamos a centrarnos ahora en analizar la exigencia de convivencia entre la víctima y el autor del delito, para lo cual nos centraremos en las posiciones de la Fiscalía así como en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.6. Exigencia de convivencia entre el autor y la víctima del maltrato en caso de ascendientes, descendientes o hermanos

En este apartado vamos s analizar la necesidad o no de convivencia para la aplicación del artículo 153 y 173 del Código Penal. En este punto hemos de tener en cuenta que el artículo 153 castiga el maltrato ocasional mientras que el 173 castiga la habitualidad de la violencia física y psíquica. En dichos preceptos podemos diferenciar varios grupos de personas[379] : a) al que sea o hubiere sido "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad" y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia"; b) los "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad". Y, c) menores o incapaces que convivan con aquél o que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

Donde estriba la problemática es en determinar si se exige convivencia cuando la violencia afecta a los ascendientes, descendientes, y hermanos por naturaleza, adopción o afines al sujeto activo, dado que cuando nos referimos al supuesto de que sea o hubiera sido cónyuge o persona con relación análoga de afectividad, no necesita la

[379] STS 3401/2012, de 19 de abril, Fundamento Jurídico 14.

convivencia. En el caso de los menores o incapaces, necesitan que convivan con él o se encuentren integrados en el núcleo de convivencia familiar[380].

En el supuesto de los descendientes, ascendientes o hermanos no dice nada el Código Penal al respecto. El Ministerio Fiscal, por su parte, ha dado consideraciones a favor y en contra de interpretar que dichos preceptos se puedan aplicar a los ascendientes, descendientes o hermanos, aunque no convivan en el ámbito familiar con el sujeto activo. Los argumentos que sostienen diversas Fiscalías sobre la no necesidad de convivencia se basan en entender que es la más acorde con la voluntad del legislador de ampliar de esta manera el círculo de protección a las relaciones próximas de parentesco para luchar de esta manera contra la violencia doméstica[381]. Esta postura se mantiene en diversas sentencias, y explican que si el legislador hubiera querido que no se aplicara a los ascendientes, descendientes o hermanos que no convivan con el sujeto activo, habría sido recogido de manera expresa, como sí ocurre para los menores o incapaces no familiares, a quienes se contempla en el precepto de forma diferenciada a los ascendientes, descendientes o hermanos, precedidos también de la preposición "sobre", como a los demás no familiares, pero integrados en el núcleo de convivencia familiar[382].

Esta interpretación, es recogida también por la Circular nº 4/2003 de la Fiscalía General del Estado. Sin embargo, ante esta situación, es necesario exponer la posición contraria y que viene acopiándose con mayor auge en las resoluciones judiciales. Concretamente la Sentencia núm. 201/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2007[383], ha señalado que no se ha podido aplicar el delito de maltrato recogido en el ya citado artículo 153 del Código Penal porque la víctima no mantiene una convivencia con el sujeto activo, de esta forma se mantiene una

[380] Consulta núm. 1/2008 de la Fiscalía general del Estado, pág. 2. Véase GRACIA MARTÍN, L. "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, núm. 31, Madrid, 1996, págs. 577-596. VV. AA. *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, vol. 2, 2008, Madrid, 2008, págs. 2093-2122.

[381] Consulta núm. 1/2008 de la Fiscalía general del Estado, pág. 2.

[382] *Ibídem*, pág. 2.

[383] STS 201/2007, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico 1.

diferenciación de los grupos de víctimas que pueden darse, y [384] que viene a diferenciar si se exige o no una convivencia con el sujeto activo, no siendo así para el caso de los ascendientes, descendientes y hermanos, donde dicho precepto no dice nada al respecto, ni lo permite, ni lo excluye. Consideramos así que, si se realizara una interpretación extensiva del precepto, supondría que ante cualquier altercado que se produjese dentro del círculo familiar se debería de aplicar este precepto. De hecho, señala la Fiscalía que el legislador ha llevado a cabo las reformas operadas en los artículos 153.2º y 173.2º atendiendo a la necesidad de abordar de forma satisfactoria el fenómeno de la "violencia doméstica" y que, semánticamente, este ámbito se define por las relaciones de convivencia. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, el término doméstico proviene del latín (*domesticus*, de *domus*, casa), y como primera acepción se define como: "perteneciente o relativo a la casa u hogar"[385].

El Ministerio Fiscal, en la circular que venimos examinando, considera que la solución más adecuada, que deben adoptar los Fiscales ante esta situación es la de interpretar de forma restrictiva tal precepto, es decir, requiere que haya una convivencia para la aplicación de dichos preceptos, apoyándose en el propio artículo 173.2 del Código Penal que recoge que para apreciar la habitualidad habrá que estar 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 esta forma, el legislador, al establecer el círculo de personas susceptibles de padecer este tipo de agresiones, está pensando en la protección que se debe dispensar a la familia entendida como una comunidad estable definida por un ámbito de convivencia, porque de otro modo no se puede entender que se requiera "proximidad temporal" y ser de aplicación con independencia de que "se haya ejercido contra la misma o diferentes víctimas". Y así mantiene que no debe de sancionar un acto aislado de agresión leve donde existe entre el sujeto activo y pasivo un grado de

[384] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24 de julio de 2007, en la que el órgano judicial cambia el anterior criterio mantenido en anteriores resoluciones y acoge la nueva doctrina del Tribunal Supremo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de julio de 2007, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007 y 30 de enero de 2007, Audiencia Provincial de Asturias de 11 de diciembre de 2006.

[385] Consulta núm. 1/2008 de la Fiscalía general del Estado, pág.7. PÉREZ RIVAS, N. *La violencia contra la mujer: abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 287-300.

parentesco, de los que mantienen contactos esporádicos, y "que cada uno de los aislados actos de agresión que, apreciados en su contexto, ponen de relieve situaciones de dominación basadas en el ejercicio de la violencia por el más fuerte contra el o los más débiles en el ámbito doméstico"[386].

El legislador, por lo tanto, sólo permite la aplicación de dichos preceptos a sujetos en los que no haya convivencia cuando se trata de una agresión que recae "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", y es así porque se trata de personas que se encuentran en una situación de riesgo, justamente porque a veces la causa o el detonante de la agresión es la ruptura de dicho vínculo.

En definitiva, nosotros consideramos que dicha interpretación debe por lo tanto, como hemos dicho anteriormente, realizarse de forma restrictiva aparte de que se trata de aplicar uno de los principios del Derecho Penal, como es el principio de intervención mínima, esto es, el Derecho Penal debe de aplicarse como última ratio, y siempre en caso de duda las interpretaciones tienen que ser favorable a los sujetos, de esta forma, no podríamos entender que, si la conducta típica no abarca a personas que conviven, es decir, si el legislador no ha señalado taxativamente que se requiere convivencia, entonces no se podría ampliar a tales supuestos, pues supondría interpretar el Derecho Penal de forma extensiva y en perjuicio de los sujetos.

3.7. Actuaciones ante la violencia doméstica

En este apartado vamos a realizar un análisis de la respuesta que se produce por parte de los profesionales sanitarios, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal ante una situación de violencia doméstica. Hay que tener en cuenta que la respuesta penal ya ha sido analizada en el apartado anterior bajo la rúbrica de los tipos delictivos a aplicar.

[386] Consulta núm. 1/2008 de la Fiscalía general del Estado, pág. 12.

3.7.1. Respuesta sanitaria

Ante un caso de víctima de violencia doméstica, los profesionales sanitarios han elaborado un protocolo de actuación frente a semejantes situaciones, de tal forma que se establecen pautas de comportamiento. En este caso, el protocolo sanitario va dirigido a tales profesionales. En primer lugar, el sanitario procederá a la apertura de una historia clínica, y en ella se plasmará una valoración sobre las lesiones o daños psíquicos que haya sufrido la víctima. Posteriormente, se realizará el plan de actuaciones terapéuticas, dependiendo del daño que ha sufrido la víctima. Si hay sospecha de daños físicos o psíquicos, se cumplimenta un informe que lleva incluidos los Oficios de remisión al Juzgado de Guardia y a la Fiscalía. El informe médico deberá reflejar los antecedentes de interés, así como, de manera minuciosa, las lesiones que haya sufrido, su diagnóstico y tratamiento. Este informe se remite al juez de guardia o la Fiscalía, para la realización de las actuaciones judiciales o forenses. En los casos que sean graves, podrá comunicarse vía telefónica. Se lo comunica a la víctima, junto con una copia del informe. Si se trata de una agresión sexual reciente se remite a la víctima al hospital más cercano, sin que se cambie la ropa ni se haga lavados, para un examen más minucioso. El hospital llamará al médico o forense del partido judicial correspondiente, quien, junto al especialista correspondiente, realizará las actuaciones pertinentes.

Se asesorará a la víctima del maltrato o de la agresión sexual sobre sus derechos, sobre las medidas sociales y de protección a través de los propios servicios del centro sanitario (trabajador/a del hospital o del equipo de Atención Primaria), o en su caso, se le facilitará el contacto urgente con los Servicios Sociales donde se informará a la interesada de los diferentes recursos y programas disponibles[387].

[387] FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, P. *Respuestas a la violencia doméstica: un estudio multidisciplinar*, Óp. cit., pág. 91.

3.7.2. Respuesta policial

La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de violencia doméstica dependerá de la fase en la que nos encontramos[388].

Actuaciones en la fase de investigación policial

En esta primera fase se estudia la situación del hecho, para emitir una valoración del riesgo que sufre la víctima. En primer lugar, se dará a la víctima la información sobre los derechos que la asisten, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita de la que dispone. Se tomará declaración de la víctima, de los testigos, de los vecinos y familiares, así como personas del entorno de la víctima y del agresor o agresora. Se recabará información sobre hechos similares anteriores a los servicios sociales, oficina de asistencia a la víctima, etc. En este mismo orden, se observará si el agresor o agresora tiene antecedentes o denuncias por hechos similares sobre la misma víctima o sobre persona distinta víctima de violencia doméstica. Se consultarán los datos necesarios en el registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica. Se establecerán mecanismos[389] que permitan una comunicación fluida entre la víctima y las fuerzas de seguridad del estado. Este contacto permanente será atribuido a una persona con formación especializada, facilitando a la víctima un teléfono de contacto directo con esa persona para una atención individualizada, así como mecanismos de contacto directo con las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Paralelamente se procederá a incautar al agresor o a la agresora las armas o instrumentos peligrosos que tenga en su domicilio. En aquellos casos que por razones de seguridad de la víctima fuera necesario, se procederá a detener y poner a disposición judicial al presunto agresor. Una vez valorados los hechos y la situación de riesgo existente, se determinará la necesidad de adoptar medidas específicas dirigidas a

[388] *Ibídem*, pág. 93.

[389] Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Este Protocolo ha sido aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, última actualización en el 2005, pág. 7.

proteger la vida, la integridad física y los derechos e intereses legítimos de la víctima y sus familiares, tal y como señala el protocolo correspondiente[390];

- Protección personal que, según el nivel de riesgo que concurra, podrá comprender hasta la protección permanente durante las 24 horas del día.

- Información / formación sobre adopción de medidas de autoprotección.

- Asegurar que la víctima sea informada de forma clara y accesible sobre el contenido, tramitación y efectos de la orden de protección, y las demás medidas de protección y seguridad previstas en la Ley Integral; así como de los servicios sociales, oficinas de atención a la víctima y de los puntos de coordinación que se encuentran a su disposición.

- En el caso de que se trate de una extranjera en situación irregular, información sobre el derecho a regularizar su situación por razones humanitarias.

Recogida de la denuncia y elaboración del atestado

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán recoger en el atestado las diligencias mínimas que el Protocolo de actuación, el cual estamos analizando, recoge. Por lo tanto, se deberá recoger los antecedentes y averiguaciones que se hayan obtenido en las diligencias practicadas, donde consten los malos tratos. La diligencia de inspección ocular y la declaración de la víctima se documentarán a través de fotografías, vídeos o cualquier otro medio técnico que permita a la autoridad judicial tener un conocimiento directo e inmediato sobre los hechos. Posteriormente se adoptarán las medidas necesarias para asegurar la presencia de la víctima o su representante legal, así como la presencia del presunto agresor y de los testigos ante la autoridad judicial. Para ello la Unidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad instructora del atestado derivado de

[390] Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, última actualización en el 2005, pág. 7.

infracción penal en materia de violencia doméstica o solicitud de la Orden de Protección adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con la Autoridad Judicial. vTal y como dice el protocolo[391], una vez elaborado el atestado, será remitido para su aprobación al Comité Técnico de Coordinación de Policía Judicial; y, una vez aprobado, se facilitará a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y al resto de Organismos e Instituciones correspondientes.

Medidas de aseguramiento

Tras recibir la comunicación de la resolución[392] y la documentación que la acompaña por el órgano judicial, se realizará un control por parte de la unidad operativa responsable del seguimiento y control de las medidas, atendiendo a ciertos criterios:

- Se realizará un examen individualizado del riesgo, y para ello se tendrá en cuenta todo lo que se había recabado en la fase de diligencias, en la elaboración del atestado.

- Se estudiará la resolución que se haya adoptado sobre la medida de protección acordada.

- Se adaptará la medida a la situación de riesgo, custodia policial de 24 horas, vigilancia electrónica del imputado, asignación de teléfonos móviles, vigilancia policial no continuada, etcétera.

Siempre que sea pedido o bien que sea necesario, se elaborarán los informes necesarios dirigidos a la autoridad judicial. En aquellos casos donde se produzca situaciones excepcionales, como por ejemplo que la víctima renuncie a la orden de

[391] Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, última actualización en el 2005, pág. 9.

[392] Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, última actualización en el 2005, págs. 7-14.

protección, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán inmediatamente tales hechos en conocimiento del órgano judicial para que proceda a la adopción de las medidas que considere oportunas. Hay que destacar que se ha mejorado la comunicación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los órganos judiciales a través de un sistema ágil de intercambio de información que permite una comunicación recíproca e inmediata.

3.7.3. Respuesta del Ministerio Fiscal

Actualmente, y según la Memoria del FGE del año 2010, la sección contra la violencia sobre la mujer será la que se encargue no sólo de la violencia de género, sino también de la violencia doméstica, pues este tipo de violencia casi siempre está íntimamente relacionada con la que se produce a otros miembros de la unidad familiar. Así pues, en aquellos lugares en que dado el volumen de asuntos existan Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer, también existirán Fiscales especializados en este tipo de ilícitos penales. En todo caso, en cada una de las Fiscalías Provinciales existen Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, estando todas ellas coordinadas a nivel estatal por la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer. Ante un supuesto de violencia doméstica, el Ministerio Fiscal intentará estar presente en la primera declaración judicial de la víctima; de esta forma, y así lo señala la Fiscalía, se permite establecer una relación de confianza entre la víctima y el Fiscal. Tras esto, el Fiscal deberá de solicitar del juzgado la adopción de medidas penales (orden de alejamiento, prohibición de comunicación, y civiles (separación provisional, atribución de la vivienda familiar, fijación de alimentos para los hijos o la persona agredida, suspensión del régimen de convivencia con los hijos, etc.) para proteger a la víctima y a su entorno de la actuación de la persona agresora o de posibles riesgos futuros. El Fiscal, deberá de estar atento a los posibles incumplimientos de las medidas cautelares adoptadas, pudiendo incluso pedir la privación de libertad de quien así haya obrado.

Ante un supuesto en el que la víctima se niegue a seguir adelante con el proceso, dice la Fiscalía que la víctima no es dueña del procedimiento a su antojo: lo mismo que ella está ligada por la obligación de decir verdad, el Fiscal lo está por la legalidad: si la víctima no desea seguir adelante con el procedimiento, aun siendo ciertos los hechos

denunciados, el Fiscal, si cree en su veracidad, continuará adelante para velar por el castigo de la conducta delictiva que haya podido cometerse y la mejor defensa de los posibles perjudicados, debido a que el Fiscal es quien vela por los derechos de las víctimas en los posibles delitos que haya.

De esta forma, hemos identificado la respuesta tanto sanitaria, policial como del Ministerio Fiscal ante situaciones de violencia intrafamiliar. Sin embargo, antes de acabar con este capítulo, consideramos de especial importancia analizar un supuesto de violencia doméstica que cada vez está teniendo más presencia en los hogares españoles, tratándose de personas que sufren en silencio, y que pocas veces tienden a denunciar, como es el caos de la violencia a un concreto grupo vulnerable, cuales son las personas de edad avanzada. Grupo que entra dentro de la violencia doméstica, y que no pudiendo ser considerado violencia de género, salvo que la violencia procediera del hombre contra la mujer, debería de adoptarse unos mecanismos de protección muy estrictos para poder identificar y ayudar a estas personas a salir del círculo de violencia al que en la mayoría de los casos se ven sometidos.

3.8. La violencia contra grupos vulnerables de edad avanzada

3.8.1. Introducción

Como hemos visto, en el Código Penal se castiga la violencia a las personas especialmente vulnerables, y como ya hemos señalado anteriormente, una de los problemas que existen es la falta de definición en torno al concepto de vulnerabilidad, sí que, tal como decíamos, tiende a referirse a la edad, enfermedad, entre otras, de las víctimas. En este apartado nos vamos a centrar en la violencia a un grupo vulnerable en concreto, como es el de la edad avanzada, es decir, la violencia en la tercera edad[393].

Sin embargo, es necesario plantear aquí dos cuestiones importantes, por un lado, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de "persona vulnerable"? y, por otro lado, ¿cuándo nos encontramos ante "personas mayores de edad avanzada"?. En lo que respecta a la

[393] FONTANIL GÓMEZ, Y. "Prevalencia del maltrato de pareja contra las mujeres", *Psicothema*, vol. 17, Oviedo, 2005, pág. 91.

primera pregunta, siguiendo la posición del Observatorio Nacional de Violencia contra las Mujeres, podemos aceptar como "personas vulnerables", "todas aquellas personas que por razón de su género, estado físico o mental, por su edad o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos"[394]. Por su parte, el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2020, identifica como grupo vulnerable, a los niños y niñas adolescentes, a las personas adultas mayores, a las personas con discapacidad y al colectivo LGTBI[395]. Estas personas tienen en común que poseen un mayor riesgo de exclusión social, mayor falta de autonomía, y un mayor grado de dependencia. Debido a ello, suelen ser personas más expuestas a sufrir abusos y malos tratos, tanto físicos como psíquicos[396].

Por su parte, determinar cuándo estamos ante un maltrato de personas mayores de edad avanzada es bastante complejo. Existe una multitud de trabajos doctrinales hablando especialmente del maltrato a la mujer, pero hay muy pocos estudios en lo referente al maltrato que se ejerce sobre las personas mayores de edad avanzada[397]. De tal forma que, al no existir una abundancia de trabajos doctrinales ni una legislación que regule esta materia, no existe unanimidad para definir este tipo de maltrato[398]. Los distintos Organismos Internacionales han presentado diferentes definiciones. La Acción Contra el Maltrato de los Ancianos (*Actions on Elder Abuse Association*, Reino Unido, 1995), adoptada por la Red Internacional para la Prevención del Maltrato de las

[394] Reglas de Brasilia 2008. Hay que destacar que según el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2020, identifica como grupo vulnerable, a los niños y niñas adolescentes, a las personas adultas mayores, a las personas con discapacidad y al colectivo LGTBI.

[395] Observatorio Nacional de la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

[396] CGPJ, foro de justicia y discapacidad, Personas mayores vulnerables: maltrato y abuso, Madrid, 2009, pág. 12. Para MORILLAS FERNÁNDEZ, D. "*Malos* tratos a personas mayores: otra forma de violencia", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 2, Granada, 2000. "Existen tres grupos de intenso riesgo como elementos más desprotegidos de la unidad familiar en su concepción más amplia: a) cónyuges y compañeros sentimentales, sobre todo en momentos previos y simultáneos a la separación o a la ruptura, aunque también con posterioridad e incluso sin aquéllas -general y abrumadoramente de varones sobre mujeres, aunque sin descartar la inversa-; b) niños, a manos de sus padres, padrastros, compañeros sentimentales de la madre, etc.; c) personas mayores, violentadas por hijos, nietos, o por su propio marco familiar en general".

[397] GIL MIRANDA, J. "La violencia hacia las personas mayores", *Trabajo social hoy*, Madrid, núm. 72, 2014, pág. 26. GANZENMULLER, C. SÁNCHEZ CARAZO, C. PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, R. *Personas mayores vulnerables; maltrato y abuso, Foro de discapacidad y justicia*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2009, pág. 12.

[398] GIL MIRANDA, J. *La violencia hacia las personas mayores*, Óp. cit., pág. 26.

Personas Mayores (INPEA) define el maltrato de los ancianos como "consistente en realizar un acto único o reiterado o dejar de tomar determinadas medidas necesarias, en el contexto de cualquier relación en la que existen expectativas de confianza, y que provocan daño o angustia a una persona mayor". Sin embargo, hay que señalar también otras definiciones como la dada por el Consejo de Europa, que en 1992 definió el maltrato en personas mayores como "todo acto u omisión cometido contra una persona mayor, en el cuadro de la vida familiar o institucional y que atenta contra su vida, la seguridad económica, la integridad físico-psíquica, su libertad o comprometa gravemente el desarrollo de su personalidad".

En esta misma línea, la I Conferencia de Consenso sobre el Anciano Maltratado, celebrada en Almería en 1995, se acuerda definir maltrato al anciano como "cualquier acto u omisión que produzca daño, intencionado o no, practicado sobre personas mayores o igual a 65 años, que ocurra en el medio familiar, comunitario o institucional, que vulnere o ponga en peligro la integridad física o psíquica, así como el principio de autonomía o el resto de los derechos fundamentales del individuo, constatable objetivamente o percibido subjetivamente". Por su parte, la conocida como Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores define el maltrato "como la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona anciana. Puede ser de varios tipos: físico, psicológico-emocional, sexual, financiero o simplemente reflejar un acto de negligencia intencional o por omisión" (OMS 2002).

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Malos tratos infligidos a las personas de edad avanzada» (Dictamen exploratorio) SOC/279, (Bruselas, 24 de octubre de 2007), recurriendo a la definición de «*Actions on Elder Abuse*», adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), entiende por maltrato "la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona anciana", señalando que, "según los datos disponibles, permiten deducir que las personas de edad avanzada frecuentemente son

objeto de malos tratos, a veces generalizados, sobre los que, salvo algunas excepciones, se corre un tupido velo".

Desde una perspectiva doctrinal y siguiendo a Martínez Maroto, se ha definido como "aquellas acciones u omisiones, normalmente constitutivas de delito, que tienen como víctima a la persona mayor y que se ejercen comúnmente de forma reiterada, basadas en el hecho relacional, bien sea este familiar o de otro tipo"[399].

Como podemos observar, ni los Organismos Internacionales ni la doctrina han sabido establecer un concepto de maltrato a personas mayores de edad avanzada. Aún así, podemos extraer que tal tipo de maltrato puede cometerse tanto por acción como por omisión, debiendo existir una relación entre la víctima y el agresor, pudiendo ser cometido mediante dolo pero también por negligencia, y causando a la víctima, no solo un daño físico, sino también psicológico-emocional y social. En lo que respecta a la edad de la víctima, solamente en la I Conferencia de Consenso sobre el Anciano Maltratado, celebrada en Almería en 1995, se dijo que la víctima debía tener más de 65 años. Es difícil establecer una edad de corte, por ello, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico, podemos extraer del artículo 50 de la Constitución Española[400] que dicha edad se establece en el periodo de jubilación, momento en el cual salimos del mercado laboral. Pero con esto no se resuelve el problema, pues es posible que una persona que tenga menor edad y que padeciera un estado físico o psíquico disminuido, se encuentre en una mayor situación de vulnerabilidad que otras cuya edad está por encima de 65 años, y por lo tanto, en este caso, no podríamos hablar de maltrato en la vejez, sino maltrato en personas discapacitadas necesitadas de especial protección[401].

---

[399] IBOLA MARMOLEJO, I. *Maltrato de personas mayores en la familia*, Centro Reina Sofía, Valencia. 2008, pág. 16.

[400] Artículo 50 Constitución Española "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

[401] Artículo 25 Código Penal "a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o

Es necesario traer a colación la afirmación de que la discapacidad puede generar una situación de dependencia, pero no toda discapacidad necesariamente supone una situación de dependencia; del mismo modo, la edad puede generar una situación de dependencia, pero no todas las personas mayores son dependientes. Así pues, ante la falta de acuerdo, serán los operadores jurídicos los que tengan que resolver esta cuestión. No obstante, en el Código Penal actual, no existe una figura específica en que se castigue el maltrato a personas vulnerables, sino que forma parte de un tipo penal referido a la violencia habitual entre algunos familiares. La necesidad de crear un tipo penal que regule el maltrato a este colectivo es prioritaria, pues según la OMS alrededor de uno de cada seis ancianos sufre algún tipo de maltrato, una cifra superior a las estimaciones anteriores y que, según las previsiones, aumentará debido al envejecimiento de la población en todo el mundo[402].

Sería por tanto beneficioso que se articularan las bases para crear una legislación específica contra el abuso y maltrato en las personas mayores, creando un tipo privilegiado cuando dicha conducta se comete en el ámbito familiar. En cierto modo, la legislación española va en dirección de ir mejorando y atendiendo las necesidades de este colectivo. Es menester destacar dos actuaciones legislativas: por un lado, en 1996, donde las Cortes Españoles con el acuerdo de todos los grupos parlamentarios crearon la comisión del Pacto de Toledo; y por otro lado, en el año 2006 se creó la ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las Personas en situación de Dependencia, coloquialmente Ley de Dependencia. Sin embargo, estas actuaciones no son suficientes, pues a ello hay que añadir además, tal como dice el CGPJ en el Foro de justicia y discapacidad, que para evitar esos abusos, malos tratos, o marginaciones, se establezcan mecanismos de control en las instituciones para los que estén ingresados, y revisiones por parte de los servicios sociales próximos para los que permanezcan en sus domicilios, haciendo un seguimiento para evitar situaciones de riesgo. En lo que respecta a los cuidadores y familiares e instituciones, habrá que

---

apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

[402] https://www.who.int/es/news-room/detail/14-06-2017-abuse-of-older-people-on-the-rise-1-in-6-affected

establecer mecanismos para evitar la saturación de estas personas y poder controlar situaciones que de mucho forzarlas puedan convertirse en peligrosas[403].

Por todo lo expuesto, hemos considerado de interés analizar la violencia contra las personas mayores de edad avanzada, determinar si constituye violencia de género o, de lo contrario, violencia doméstica, e identificar los distintos tipos de maltrato existentes en el Código Penal, analizando los tipos penales para dilucidar si en alguno de ellos tiene encaje el maltrato sobre personas vulnerables, especialmente cuando nos referimos a personas de edad avanzada.

3.8.2. Violencia doméstica contra las personas mayores vulnerables

El maltrato a las personas de edad avanzada es un tema muy poco desarrollado y que presenta bastantes obstáculos a la hora de identificarlo y tratarlo. Se trata de una violencia que se produce dentro del ámbito familiar, y que es considerada violencia intrafamiliar o violencia doméstica. Sin embargo, y aunque será objeto de análisis en el Capítulo siguiente, cuando se examine la violencia de género, si coincide que la violencia se produce sobre una mujer de edad avanzada por parte de un hombre con el que se mantiene o ha mantenido una relación sentimental estaríamos hablando de violencia de género.

Este tipo de maltrato puede producirse en el seno familiar, pero también se puede producir y es muy común que se produzca por parte de los profesionales. Así, se puede dar producir una agresión física o psíquica, delito del tipo base recogido en el artículo 147.1 del Código Penal y el cual ya hemos analizado anteriormente. De tal forma que el artículo 148 del Código Penal castiga, como delito agravado de lesiones, la violencia sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Aunque no se establece como causa agravatoria la avanzada edad de la víctima, el Tribunal Supremo ha venido aplicando este precepto cuando las lesiones se han producido a personas en las que “en los supuestos de avanzada edad se origina un "plus"

[403] CGPJ, Foro de justicia y discapacidad, *Personas mayores vulnerables: maltrato y abuso*, Madrid, 2009, pág. 16.

agravatorio por el desprecio que el hecho supone en cuanto a quienes se encuentran, física y mentalmente, en el último tramo de sus vidas, precisamente cuando merecen más ayuda, más comprensión y más respeto". Y señala el Tribunal Supremo que no se debe indicar límites exclusivos y excluyentes a la hora de establecer cuándo la víctima entra dentro de este grupo vulnerable, porque serán los supuestos de caso concreto los que definirán la vejez y la senectud, dentro naturalmente de ciertos índices indicadores.

De otro lado, la morada implica igualmente una mayor antijuridicidad en el comportamiento del autor de los hechos por la violación de la santidad que el hogar ajeno representa, si así se ultraja y profana el domicilio, que por algo representa, junto al propio "yo", la señal más identificadora de la intimidad y de la personalidad[404]. Por último, cabe señalar que, en el caso de la convivencia, no necesita que haya sido permanente, sino que sea temporal[405].

En lo que respecta al maltrato ocasional, regulado en el artículo 153 del Código Penal y analizado también anteriormente, ha de indicarse que se trata de un maltrato que debe de recaer sobre personas tan vulnerables que no pueden escapar de tal situación, debido a la edad avanzada.

Existen supuestos en los que la violencia se produce por una persona con el que la víctima no convive, sería el caso de aquellos familiares o terceros que cuidan a estas personas durante unas horas al día. En este caso, la línea de estudio a seguir sería igual. Si se ha producido una lesión que requiere un tratamiento médico o quirúrgico, el precepto aplicable sería el artículo 147.1 del Código Penal. Ahora bien, si la persona mayor tiene sus plenas capacidades, y no podemos hablar de que se trate de una persona que requiera asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales, las agravaciones del artículo 148.3 del Código Penal no serían aplicables. Si la violencia no ha dado lugar a una lesión de las contempladas en el artículo 147.1, o no ha dado lugar a ningún tipo de lesión, el precepto aplicable sería el

[404] STS 2259/1993, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 6.
[405] ALONSO DE ESCAMILLA, A. "Delito de lesiones", en *Derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 80.

artículo 153.2, con independencia de que se trata de una persona discapacitada necesitada de especial protección o no. Esto es algo bastante llamativo, dado que sería tratada la persona de la misma manera, con independencia de que la víctima esté o no más indefensa, pues hay que entender, que una persona está más indefensa si depende de la asistencia y apoyo de otra.

Otras formas de maltrato en el ámbito familiar puede ser cuando se deja de cumplir la asistencia inherente (…) o de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de sus (…) ascendientes (…), artículo 226 del Código Penal. Se trata de un delito de abandono de familia, es decir, cuando se deja de prestar la asistencia necesaria y establecida legalmente, esto es, un sustento equivalente al mantenimiento[406], y cuyo bien jurídico protegido es la familia en cuanto a los derechos y obligaciones que le son inherentes. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Civil para determinar sus obligaciones, siempre que el sujeto activo tenga suficiencia para ello. Es posible que por parte de los familiares de la víctima se produzca un abandono, aunque el Código Penal no dice que sea sobre una persona de edad avanzada, sino que recoge que sea sobre persona discapacidad necesitada de especial protección. Y debido a esa falta de regulación específica, si se trata de un anciano o una persona que no siendo anciano tiene modificada su capacidad de obrar, ya sea judicialmente o no, o requiere de asistencia o apoyo para el ejercicio de decisiones o tiene mermada sus capacidades intelectuales o mentales, este precepto sería de aplicación. Quedaría a valoración por parte del juez el hecho de entender que esa persona de edad avanzada pueda ser considerada persona discapacitada necesitada de especial protección.

La conducta delictiva seria la del dejación o descuido de sus intereses y obligaciones por parte de quien tiene la obligación de dárselos. Y puede cometerse por una conducta activa como omisiva. La doctrina entiende que el abandono consiste en privar al sujeto de su protección, trasladando a la víctima a un lugar donde ésta queda desamparada o cuando no se impide una situación de peligro[407]. Otro sector doctrinal entiende que es la ruptura de los vínculos que unen a la persona discapacitada necesitada de especial

[406] GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. "Delito contra las relaciones familiares", en *Derecho penal parte especia*l, Óp. cit., pág. 227.
[407] *Ibídem*, pág. 233.

protección con su entorno habitual, dejando a la víctima a su suerte[408]. Son sujetos activos de este delito los progenitores, tanto el padre como la madre[409], los descendientes que tienen encomendada la tutela de alguno de sus ascendientes o viceversa[410] así como el cónyuge cuando incumple los deberes que le vienen impuestos en los artículos 66-68 del Código Civil, y cualquier persona que tenga encomendada la guarda o custodia de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección o lo tenga en situación de acogimiento familiar. Son, por otro lado, sujetos pasivos, dependiendo de la relación en la que nos encontremos, los hijos, ascendientes o descendientes del sujeto activo, el cónyuge del mismo, el menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección, y los pupilos.

Se trata de un delito permanente de omisión, aunque siguiendo a Conde-Pumpido, este delito "ofrece una particularidad de que, la abstención o pasividad en el cumplimiento de los deberes familiares de asistencia, ha de ser, necesariamente, generado por uno u otro de comportamiento activo, como lo son el abandono malicioso del domicilio familiar y la conducta desordenada del presunto infractor"[411]. Como requisitos, de este delito son: es necesario que estas personas se encuentren necesitadas de tal sustento, consumándose así el delito cuando la omisión ha provocado una real situación de inseguridad para los afectados, y se haya producido una omisión de los deberes de asistencia, y que tales deberes sean posibles de cumplirlos, dando así tal incumplimiento a una causa de abandono malicioso del hogar o de la conducta desordenada de quien incumple tales deberes[412].

---

[408] *Ibídem*, pág. 233.

[409] La patria potestad se tiene desde el mismo momento del nacimiento o adopción de su hijo y con independencia de su estado civil. Es irrelevante que el padre o madre sea soltero, esté viudo, separado o divorciado. La patria potestad no se pierde sino es por resolución judicial. Véase los artículos 154 y ss. del Código Civil.

[410] El Código Penal no solo piensa en la relación que haya de los ascendientes sobre los descendientes sino también en las relaciones donde la protección y el deber legal lo tienen los descendientes sobre los ascendientes, ejemplo claro, los hijos sobre los padres que se encuentran en situación de dependencia.

[411] CONDE-PUMPIDO, C. *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, Óp. cit., pág. 2483. Véase en esta misma línea la Sentencia del Tribunal supremo STS 489/1989 de 30 de enero.

[412] STS 13340/1990, de 30 de octubre, Fundamento Jurídico 1.

Así, trayendo a colación lo anterior, la conducta se consuma cuando el incumplimiento de los deberes familiares se lleve a cabo maliciosamente, esto es, sin justificación, sin base ni motivación alguna[413].

Por último, es posible que se produzca un maltrato habitual; en este caso, estamos hablando de la violencia familiar habitual recogida en el artículo 173.2 del Código Penal, precepto penal analizado anteriormente. Aquí simplemente señalar que, este precepto sería de aplicación, aunque la víctima no conviva con el autor. Lo importante a la hora de tipificar esta conducta es la vulnerabilidad de los sujetos pasivos y la habitualidad de la conducta del sujeto activo. El sujeto activo y pasivo [414]en este tipo de delitos deben estar ligados, por lo que se aplicaría tanto cuando la violencia procede de un familiar de la víctima con el que éste conviva, o bien persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Por lo tanto abarcaría, cuando la víctima sufra violencia por parte de un miembro de la familia que está bajo su cuidado, o bien sobre persona que, no siendo familia, está realizando las labores de cuidado en el domicilio de la víctima o en un centro público o privado[415].

3.8.3. Maltrato por los profesionales

En los últimos años, la asistencia de profesionales para la ayuda y protección de personas vulnerables de edad avanzada se ha incrementado notablemente en una sociedad, en la que, como ya hemos señalado, la esperanza de vida cada vez es mayor. Esto ha hecho que el maltrato hacia estas personas no solamente se produzca en el ámbito familiar, sino que se dé por parte de estos profesionales. Así pues, la bibliografía distingue entre dos ámbitos de maltrato: el institucional y el domiciliario[416]. El

[413] STS 14093/1990, de 18 de diciembre, Fundamento Jurídico 1.
[414] ALONSO DE ESCAMILLA, A. "Tortura y otros delitos contra la integridad moral", en *Derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 143.
[415] GARCÍA CERVIGÓN, J. *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 151.
[416] VV. AA. "Factores relacionados con el maltrato no institucional en residencias de personas mayores", *Revista española de geriatría y gerontología:* Órgano oficial de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, vol. 51, núm. 6, Madrid, 2016, págs. 317-322.

institucional[417] es aquel maltrato que se produce por los profesionales, y dentro de éste podríamos distinguir el maltrato en un centro geriátrico o bien en el domicilio de la víctima. Desde un punto de vista punitivo, la violencia que se ejerce por los profesionales a estas personas les sería de aplicación el artículo 147.1 del Código Penal, siempre que la lesión hubiera requerido un tratamiento médico o quirúrgico. Si no necesitó tratamiento médico, dependiendo de la lesión se aplicará el artículo 147.2 o 147.3 del Código Penal. Los supuestos específicos de agravación que se recogen en el artículo 148 más concretamente en su apartado 5, no le serían de aplicación, si la víctima no convive con el autor. Sin embargo, existe la posibilidad de que el profesional conviva con la víctima en el domicilio de ésta, encontrándose interna, en cuyo caso sería posible la aplicación de tal precepto.

En el caso de que se trate de personas que se encuentran en un centro público o privado por su especial vulnerabilidad, sería de aplicación el tipo base, o el artículo 153.2 del Código Penal siempre que se tratara de un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad o le maltratara o golpeara de obra sin causarle lesión[418]. En los supuestos en los que se produce una omisión de la asistencia sanitaria por parte de los profesionales sería aplicable el artículo 196 del Código Penal. Se trata de un tipo agravado de la omisión de socorro, que se produce cuando el omitente tiene la cualidad de profesional sanitario, señalando posiciones doctrinales que es posible que se aplique cuando el propio omitente sanitario es quien ha creado el peligro, ya sea de forma fortuita o imprudente[419].

El sujeto debe vincularse en su cualidad de profesional sanitario, entendiendo por tal las personas con título suficiente que actúan en este ámbito tanto público como privado, enfermeros, ATS, auxiliares, etc. Es importante señalar que la posición de garante en la que se encuentra un médico no es la misma que la posición de garante en la que se encontraría otro profesional sanitario. En el caso del médico, es claro que tiene una

[417] El 33% de los ancianos de todo el mundo que están en residencias han sufrido abusos en el último año, según un informe elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y presentado con motivo del 13º Día Mundial de Concienciación sobre el Abuso a Ancianos: https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/es/.

[418] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 50

[419] CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 280-281.

posición de garante de evitación de un resultado lesivo depositada por parte de las instituciones, sin embargo, siguiendo a Conde-Pumpido, "la obligación de evitar un resultado lesivo no puede extenderse al resto del personal sanitario de forma general dado que los mismos no pueden comprometerse ya que las indicaciones a estos profesionales por parte del médico están sometidas a la vigilancia de éste, que no puede delegar en ellos su posición de garante en relación con la planificación del tratamiento; solo serían garantes de la evitación del resultado de forma excepcional cuando les corresponda una función específica que no requiera supervisión. Sin embargo, en lo que respecta a la situación de peligro, la posición de garante ya si se puede atribuir a los profesionales en el ámbito sanitario en general, ya que el resultado de peligro concreto exige la destrucción de ciertas posibilidades de conservación o salvación del m ismo o su empeoramiento"[420].

La conducta típica consiste en denegar la asistencia médica o en abandonar los servicios sanitarios, tratándose, así pues, de un tipo de mera inactividad que quedará consumado en el momento en que se omite el auxilio o se abandona el servicio. Este delito de omisión es un delito exclusivamente doloso donde el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de peligro en que se encuentra el paciente. Para que la conducta resulte típica es necesario que el sujeto esté obligado a auxiliar o a no abandonar el servicio y que de su omisión se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La obligación puede referirse tanto a la prestación de auxilio como al no abandono del servicio. En el caso del no abandono del servicio no se presentarán problemas, por cuanto esta obligación suele estar establecida reglamentariamente en cuanto a tiempo, lugar y contenido de la prestación, incluso, en el caso de ejercicio del derecho de huelga, tal como afirma Muñoz Conde[421]. Así pues, el profesional vulnera el deber específico que le viene impuesto en relación con la finalidad de su cargo. Debe haber una negativa consciente a responder a un requerimiento. Por otro lado, es necesario que se derive un riesgo para la salud de las personas, tratándose de un peligro concreto que ha de ser grave.

[420] CONDE-PUMPIDO, C. *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, Óp. cit., pág. 2308.
[421] LAMARCA PÉREZ, C. Derecho *penal parte especial*, Óp. cit., pág. 181. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Óp. cit., pág. 321. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CAUSSAC, J. L. *Derecho penal. Parte especial*, Óp. cit., págs. 281-282.

3.8.4. Reflexión sobre la violencia contra grupos vulnerables de edad avanzada

Tal como hemos visto, es difícil determinar a partir de qué momento nos encontramos ante personas de edad avanzada, ya que no existe ninguna regulación por parte del legislador de establecer cuál es la edad en concreto. Es por ello por lo que la doctrina que más aceptación tiene es la de considerar persona vulnerable por su edad avanzada a partir de la edad de jubilación, edad que desde un punto de vista social se denomina tercera edad. Sin embargo, esta posición tiene sus problemas, ya que puede haber personas de menos edad que se encuentren en una situación vulnerable por sus condiciones psíquicas o físicas. Desde nuestro punto de vista, y debido a la falta de pronunciamiento por parte del legislador, se considera que una persona con problemas de salud de menos edad a la edad de jubilación sería una persona especialmente vulnerable por razón de enfermedad. Así, lo que nosotros hemos considerado como persona de edad avanzada es aquella llamada la tercera edad. Es por esta incertidumbre por lo que es conveniente que el legislador se pronuncie al respecto, y de esta forma, resolver otro de los problemas que hemos visto que este tema presenta, como es la falta de regulación de delitos específicos que traten de acabar con esta violencia oculta en nuestra sociedad.

Las respuestas sociales, jurídicas y económicas deben de ser suficientes para afrontar este problema y lo que sí está claro es que con el Derecho Penal actual y los tipos penales que se nos presentan no es suficiente para acabar con este maltrato. Es necesario un conjunto de medidas preventivas, medidas de detección y medidas de protección. Las medidas preventivas dirigidas a proteger los derechos y libertades de las potenciales víctimas y evitar posibles malos tratos. Las medidas de detección están encaminadas a identificar posibles malos tratos sobre estas personas, ya que son un perfil bastante reacio a la denuncia y por lo tanto víctimas ocultas. Y las medidas de protección, están dirigidas a preservar de la violencia a las víctimas de estos delitos.

3.9. Consideraciones últimas

En este tema hemos querido proceder a realizar un análisis de la violencia doméstica antes de analizar la violencia de género. Se trata de dos cuestiones que consideramos de especial importancia que sean diferenciadas, ya que durante mucho tiempo la violencia de género venía ocultándose en la violencia doméstica. De esta forma, la violencia doméstica es aquella violencia producida en el seno de la familia, cuyo sexo del sujeto activo y pasivo no necesitan que pertenezcan a un género, y sí será necesario que exista un vínculo parental. Por su parte, la violencia de género, como adelanto al Capítulo siguiente, es aquélla que se produce como manifestación de una situación de discriminación y de las relaciones de poder del hombre sobre quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligado a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

En un primer momento, como veíamos, la violencia doméstica, llamada también violencia intrafamiliar, o violencia familiar, no era castigada; de hecho se consideraba por parte de los poderes públicos como una situación que debía de quedar dentro del ámbito privado de cada familia. Esto supuso que España fuera uno de los países más tardíos en castigar este tipo de hechos.

En lo que respecta al bien jurídico protegido en torno a la violencia doméstica, ya hemos expuesto que existen distintas posiciones doctrinales no unánimes en torno a dicha cuestión. Así pues, tal y como hemos analizado, tenemos aquellas posiciones que consideran que el bien jurídico protegido debe de ser la convivencia pacífica de los miembros de una familia, aunque también tenemos aquellas posiciones que consideran que se trata de la paz familiar y la dignidad de la persona. Sin embargo, en lo que a nuestra posición respecta, somos más afines a la línea adoptada por el Tribunal Supremo, matizando que existen dos bienes jurídicos, uno genérico y otro específico. En el caso del bien jurídico protegido de forma genérica es la paz familiar, ya que en el mismo momento en el que se produce una situación de violencia o maltrato en el seno de la misma, toda esa paz que se proclama dentro de la convivencia familiar se ve alterada afectando a todos los miembros de la familia, no solamente al sujeto pasivo.

La familia debe de ser el núcleo donde reine la paz y el amor, y que estos dos elementos se vean transmitidos a todos los miembros, especialmente a los mismos. Por ello, consideramos que la paz familiar es el bien jurídico protegido ante situaciones de violencia dentro del ámbito familiar, pero existe un bien jurídico específico que afecta directamente a la persona o personas que sufren la violencia o el maltrato, que es la dignidad de la persona, sin perjuicio que luego dependiendo de la forma de manifestarse la violencia pueda verse alterada la integridad física o psicológica.

En lo relativo a los sujetos no podemos incluir que la violencia domestica contemple a la víctima mujer y al sujeto activo hombre y que entre ellos haya habido o exista una relación sentimental, ya que en cuyo caso estaríamos ante la violencia de género. Por ello mismo, la violencia doméstica necesita que haya una relación de parentesco y que se produzca dentro del seno familiar.

Respecto a las formas de manifestarse la violencia doméstica, hemos analizado los distintos tipos delictivos a aplicar. Sin embargo, cabe destacar que cuando el Código Penal recoge el inciso de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, creemos que debería ser necesario que hubiera definido a qué se refiere por persona especialmente vulnerable, puesto que permite ampliar el elenco de sujetos pasivos cuando los mismos son vulnerables por razón por ejemplo de su edad o condiciones físicas o psíquicas. Creemos que el legislador pretendía proteger a los hijos menores; sin embargo, al no decir nada sobre dicho concepto, pensamos que es necesario extenderlo por ejemplo a las personas de edad avanzada, e incluso a otros parientes con los que el sujeto activo convive y que debido a las condiciones en las que se encuentra le convierten en vulnerable.

Por último, en materia de violencia contra las personas de edad avanzada, reiteramos las conclusiones ya presentadas, y que la necesidad de una reforma legislativa con un incremento en las medias de protección y de detección precoz de tales situaciones es vital para acabar con tales situaciones.

CAPÍTULO 4: La violencia de género

4.1. Introducción

Ya hemos hablado anteriormente de cómo en nuestra sociedad existía una situación de jerarquía que provocaba a su vez situaciones de desigualdad social, entre hombres y mujeres, y cómo la mujer quedaba reducida a un ser cuyas capacidades tanto jurídicas como de obrar estaban limitadas. Nuestra cultura ha venido avalando la situación de superioridad del varón, haciendo que las mujeres se sintieran inferiores, dando lugar a un marco social antiquísimo que se describía así: la mujer era protegida por el varón a cambio de sumisión y respeto a éste[422].

El maltrato hacia la mujer es una lacra en todos los países; de hecho, se trata de un tema de preocupación a nivel internacional, afirmando la Asamblea General de Naciones Unidas[423] que se trataba de "un problema crítico con graves consecuencias físicas y psicológicas para sus miembros [...] y que pone en peligro la salud y supervivencia de la unidad familiar".

En 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Viena la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que en su art. 1 define la violencia como "cualquier acto basado en la pertenencia al sexo femenino que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, e incluye amenazas de tales actos y la restricción o privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la privada». Además, en la Declaración se reconoce que «la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre [...] y

[422] EXPÓSITO JIMÉNEZ, F. "Violencia de género", *Mente y cerebro*, núm. 45, Madrid, 2011, pág. 48. Véase a VALCARCE LÓPEZ, M. "Servicio de violencia familiar, maltrato, maltrato, violencia psíquica, lesiones psíquicas", en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. II, Madrid, 2000, pág. 222. MOLINA BLÁZQUEZ, M. "Tratamiento penal de la violencia de género", en *Curso de formación para profesionales que trabajan con víctimas de violencia de género*, Madrid, 2007, pág. 14.

[423] Resolución 40/36, de 29 de septiembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

que es uno de los mecanismos fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre".

Así pues, vamos a realizar en este capítulo un estudio sobre la violencia de género, al igual que hicimos sobre la violencia doméstica, para de esta manera, tener identificados y analizados ambos conceptos.

La violencia de género es un concepto que nace con la entrada en vigor de LVIG. Por ello, dice el artículo 1 de la ley 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". Se trata de un concepto muy restringido, identificándose como tal, sólamente, la violencia que realiza el hombre sobre la mujer pero dentro de una relación – o ex – conyugal o análoga de afectividad.

Se trata de un fenómeno que se asienta por determinadas estructuras de poder y dominación en las que se ve inmersa la mujer, y que conforman el orden social patriarcal. Es un hecho histórico si vemos cómo, desde hace siglos, a la mujer se la había asignado las tareas de cuidado del hogar, la crianza de los hijos, mientras que al marido se le asignaban tareas relacionadas con los logros públicos, dando lugar a una serie de roles fijos[424]. Sin embargo, en un primer momento, el impulsor de esta ley, el PSOE, propuso que el concepto de violencia de género fuera más amplio, presentando una proposición de Ley Orgánica donde señalaba que constituye violencia de género "todo acto de violencia, basado en la pertenencia de la persona agredida al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. Este tipo de violencia se extiende también a los hijos e hijas menores de edad". Su objetivo último era acabar con el sometimiento de la mujer. Como vemos esta

[424] PERELA LARROSA, M. "Violencia de género: violencia psicológica", *Foro nueva época*, núm. 11, Madrid, 2010, pág. 354.

propuesta ampliaba el concepto de violencia de género; sin embargo, fue posteriormente rechazada[425].

Identificada de esta manera la violencia de género, vamos a pasar a evaluar las distintas definiciones internacionales que se han presentado, en torno al concepto de violencia de género o violencia hacia la mujer, para ver si las mismas coinciden con la definición que España presenta en la LVIG.

4.2. Definiciones de la violencia de género en el contexto internacional y nacional

La Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 define el concepto de "violencia contra la mujer" del siguiente modo (art. 1): "A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada"[426].

Por su parte, la Conferencia mundial[427] sobre la mujer ofrecía, en cambio, la siguiente definición: "la expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluido las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada".

La cuarta conferencia celebrada en Pekín en 1993 recoge en el párrafo 113 que la expresión "violencia contra la mujer" se refiere "a 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

[425] En sesión del Congreso de los diputados de 10 de septiembre de 2002.
[426] ROIG TORRES, M. "La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso*", Estudios penales y criminológicos*, núm. 32, Santiago de Compostela, 2012, pág. 250. Véase también https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx.
[427] Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.

ocurra en la vida pública o en la privada[428]. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas:

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

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

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

En su párrafo 114 recoge que "entre otros actos de violencia contra la mujer cabe señalar las violaciones de los Derechos Humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados". Y, por último, en el párrafo 118 se recoge que "la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la

[428] DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. "La transversalidad de género. Valoraciones a partir de algunos documentos de las Naciones Unidas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, Navarra, 2015, pág. 334. Véase, CHARLESWORTH, H. "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 18, Massachusetts, 2005, págs. 1-12.

sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos; la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; el hecho de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra la mujer que aparecen en los medios de difusión, en particular las representaciones de la violación o la esclavitud sexual, así como la utilización de mujeres y niñas como objetos sexuales, y la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general, y en particular a los niños y los jóvenes".

Por último, cabe señalar que el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, presenta como definición del concepto de "violencia contra las mujeres" una violación de los Derechos Humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Por "violencia doméstica" se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. Y por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada[429].

Así pues, como acabamos de ver, el concepto de violencia de género queda especialmente reducido a la relación de un sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer, pero no cualquier tipo de relación, sino dentro de una relación sentimental, lo cual no

[429] Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 2011.

coincide con el concepto internacional que se da a la violencia de género, algo que llama la atención, ya que España debe de cumplir con los objetivos que se establecen en los acuerdos internacionales: de hecho, la agravante por razón de género que España ha recogido en el Código Penal se aplica no sólo a las relaciones sentimentales entre el agresor y la víctima sino fuera de las mismas, con el objetivo de que España cumpla con las previsiones del Convenio de Estambul, aunque esto será analizado en otro capítulo de este trabajo de investigación doctoral.

De esta forma, la LVIG sólo ofrece protección a un reducido grupo de mujeres, como son aquéllas que han mantenido o mantienen una relación conyugal o análoga de afectividad[430]. Sin embargo, entra en contradicción con lo que se expone en la Exposición de Motivos de la citada Ley, ya que señala que regulando la violencia de género se 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". Así, si nos ceñimos a las recomendaciones internacionales, lo que señalan, tal como hemos visto al principio, es que la violencia de género se extienda no solo a las relaciones sentimentales, sino también a aquéllas situaciones de violencia que bien pueden producirse en otros contextos.

Sobre este punto se han enfrentado distintas posiciones doctrinales, que vamos a ver a continuación, entre los que se encuentran las que están a favor de restringir la violencia de género a un tipo de relación, y aquellos otros que mantienen la necesidad de que el concepto de violencia de género abarque otro tipo de relaciones y no solamente a las conyugales o de noviazgo, tal como se pretendió en un primer momento cuando se preparaba la LVIG, y de esta forma adaptar el término al concepto internacional.

Para Acale Sánche o Laurenzo Copello, entre otras, el legislador se olvida claramente de proteger a mujeres en otros tipos de relaciones donde también se dan situaciones de discriminación o abusos de poder del hombre sobre la mujer, como puede ser, en una relación estrictamente profesional entre un hombre y una mujer; por ejemplo, mantienen que las situación de machismo está muy arraigada en la sociedad y

[430] ACALE SÁNCHEZ, M. *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 55.

se ha dado y se sigue dando en otros ámbitos como puede ser el laboral o el social[431] y que nada tienen que ver con el contexto familiar[432]. La causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de una situación de desigualdad en la distribución de roles sociales[433]. La posición de subordinación por parte de la mujer respecto al varón proviene de la propia estructura social fundada sobre la base del dominio patriarcal, situación que se produce dentro del contexto doméstico[434]. Sin embargo, no significa que sea la causa de la violencia de género. Las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y no tiene nada que ver con el contexto familiar[435].

Por otro lado, se mantienen aquellas posiciones, como señala Asúa Batarrita, que defienden que se trata de un concepto empleado correctamente, el motivo por el que el legislador lo utiliza es para que este tipo de violencia no quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice[436] de modo claro que se trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos, y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano[437].

Así pues, desde nuestra perspectiva creemos que es importante que España adapte el concepto de violencia de género a las definiciones internacionales que del mismo se

---

[431] LAURENZO COPELLO, P. *La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal*, Óp. cit., pág. 4. Véase también a POGGI, F. "Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho", *Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, Alicante, 2019, págs. 285-307.

[432] ACALE SÁNCHEZ, M. "El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar", Óp. cit., págs. 134 y ss.

[433] LAURENZO COPELLO, P. "La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal", Óp. cit., pág. 4.

[434] ASÚA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", Óp. cit., pág. 218.

[435] LAURENZO COPELLO, P. "La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal", Óp. cit. pág. 4. MUÑOZ SÁNCHEZ, B. *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, Óp. cit., pág. 96.

[436] ASÚA BATARRITA, J. "Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", Óp. cit., pág. 258.

[437] LAURENZO COPELLO, P. "La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal", Óp. cit., pág. 5.

presentan, teniendo en cuenta que una situación de violencia como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales no tiene por qué producirse exclusivamente dentro de las relaciones sentimentales; cabe acudir a los acontecimientos actuales para ver situaciones de violencia e incluso de muerte que se han producido por parte de un hombre a una mujer sin existir entre ellos una relación sentimental.

4.3. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

4.3.1. Contextualización

La incidencia que tiene la violencia contra la mujer en todos los países, incluso en los más desarrollados, llevó a la comunidad internacional a manifestar un claro rechazo que ha dado lugar a la elaboración de leyes tanto a nivel internacional como a nivel estatal, y a adoptar medidas de prevención y detección de este tipo de violencia. En España se han creado políticas adecuadas para prevenir y perseguir la violencia contra las mujeres, que empezaron a ser impulsadas por los Planes contra la violencia doméstica aprobados por el Gobierno el 30 de Abril de 1998 y el 11 de mayo de 2001, así como el Plan de medidas urgentes de 7 de mayo de 2004 para la prevención de la violencia de género.

En este contexto, a partir de la ya citada LVIG donde se introdujo por primera vez en el Código Penal un tipo específico para castigar la violencia intrafamiliar, han sido muchas leyes las que se han creado con el fin de aumentar la protección de las víctimas de malos tratos. Las Comunidades Autónomas también han elaborado leyes que pretenden atender a las necesidades de las víctimas de violencia de género en distintos ámbitos. Sin embargo, será con la llegada de la LVIG cuando realmente se produzca el cambio principal en lo relativo a los malos tratos a las mujeres dentro de las relaciones sentimentales. Constituye así esta Ley un punto de inflexión en la regulación de la violencia en el ámbito de las relaciones sentimentales, y recoge un tratamiento

específico y exclusivo de la violencia que se ejerce sobre las mujeres dentro de las relaciones sentimentales.

En definitiva dicha Ley se crea para frenar el número de casos de violencia que se estaban produciendo sobre las mujeres, ya que los datos estadísticos ponían de manifiesto un problema social que, como ya hemos señalado, venía ocultándose entre otras formas de violencia. De hecho, en el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica correspondiente a 2004, las mujeres representaban el 90,2% de las víctimas en el total de 99.111 denuncias presentadas ese año y el 94% de las víctimas amparadas por la concesión de órdenes de protección del total de las 34.635 adoptadas desde la entrada en vigor de la Ley 27/2003[438]. Por su parte, el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género señaló que en el año 2004 murieron 100 personas por violencia doméstica: 84 mujeres y de ellas 69 en ámbito de pareja o ex pareja.

La LVIG, es fruto además de la obligación que tienen los poderes públicos de eliminar los obstáculos que impiden la plena igualdad entre las personas, mandato constitucional recogido en el artículo 9.2 de la Constitución Española, y del cual ya hemos hablado. Con la misma se pretende así atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y proporcionar, tal como señala su Exposición de Motivos, una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres y abordar los distintos enfoques del problema diseñando un tratamiento integral del fenómeno de la violencia contra la mujer de tal forma que se permita atajar todas las causas que han dado lugar a la aparición de la Violencia de Género.

Vamos por lo tanto a realizar ahora un análisis de la Ley Integral, y con ocasión de ello, procederemos a un amplio examen de la Violencia de Género.

[438] Véase la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 4.

4.3.2. Objeto de la Ley

El artículo 1 de la LVIG realiza una descripción de la violencia de género de tal forma que, aunque ya hemos definido la violencia de género cuando hemos tratado el concepto de violencia sobre la mujer en el contexto internacional, cabe aquí reiterar que se trata de aquella violencia que se ejerce dentro de las relaciones sentimentales, presentes o pasadas, por parte de un hombre hacia una mujer. Sin embargo, hay que realizar ciertas matizaciones.

En primer lugar, no es suficiente que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer; como ya hemos señalado, se trata de un concepto que se aparta de las recomendaciones internacionales, y por ello, en España la violencia de género se acota a la violencia que se produzca dentro de una relación sentimental, cuestión que ya hemos analizado anteriormente.

En segundo lugar, no basta con que el agresor sea o haya sido la pareja sentimental de la mujer con la que ha sufrido violencia, dado que dentro de esa violencia es necesario que haya existido una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre las mujeres. En otras palabras, siguiendo a Ramos Rivas, que se haya producido como manifestación de discriminación, desigualdad o poder de un determinado hombre sobre una mujer igualmente determinada[439] . De esta forma, podemos afirmar que no toda violencia ejercida por un hombre sobre una mujer con la que se ha mantenido o se mantiene una relación sentimental es constitutiva de violencia de género, sino aquella violencia que la ya citada LVIG pretende erradicar. Es por lo tanto de especial importancia valorar si dicha violencia cumple tales adjetivos o no, aunque bien es cierto que existe un pensamiento generalizado de que se considera violencia de género aquella violencia que

[439] RAMOS RIVAS, E. "Los delitos de la violencia de género según la jurisprudencia actual", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 33, Santiago de Compostela, 2013, pág. 406. Véase la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 6. QUINTERO OLIVARES, "La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29, Santiago de Compostela, 2009, pág. 409.

se lleva a cabo por un hombre hacia una mujer dentro de una relación sentimental presente o pasada.

A juicio del Tribunal Supremo, no se puede realizar una aplicación mecánica de la violencia de género, exigiéndose de esta forma que se realice una valoración y comprobación de si la violencia que se ha realizado es o no de género. Sin embargo, llama la atención cómo el Tribunal Supremo considera que es algo normal entender que la violencia que un hombre realiza contra una mujer es expresión de la voluntad de mantener una situación de dominación sobre la mujer, colocándola en una situación de subordinación o de inferioridad, es decir, que se produce dentro de unas connotaciones con la subcultura machista, y que excepcionalmente es cuando se dan otras conductas violentas, como puede ser una violencia recíproca. Sobre este punto, apoyamos la tesis del Tribunal Supremo, pues consideramos que lo más habitual estadísticamente es que cuando un hombre ejerce violencia sobre una mujer es porque se está dando con esa connotación machista; por ello mismo, salvo que el autor no pruebe lo contrario, se debería de considerar violencia de género.

Desde nuestra perspectiva consideramos que la LVIG debería abarcar, tal como hemos señalado en el apartado anterior, la violencia que se da por parte de un hombre hacia una mujer en otros contextos sociales, aunque sí es cierto que es necesario que tales connotaciones deban de darse, ya que, de lo contrario, estaríamos cayendo en el error de aplicar la violencia de género a supuestos para los cuales la reiterada citada Ley no se ha creado, que es acabar con la violencia de género. Cuestión distinta es el valorar la dificultad de probar si esas características cuando se produce una situación de violencia se están dando o no, porque a nuestro parecer resulta difícil saber cuándo un hombre actúa con motivaciones machistas, es decir, cuándo la conducta del hombre es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer, y como dice el Tribunal Supremo, colocándola en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su

derecho a la igualdad, a la libertad, y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales[440].

Como podemos ver, con la entrada en vigor de esta Ley se puede diferenciar conceptualmente entre la violencia de género y la violencia doméstica, la cual ya ha sido analizada en el capítulo anterior.

4.3.3. Autoría y sujeto pasivo

En lo relativo a la autoría, los delitos que se han reformado a partir de la LVIG han visto cómo se han introducido los incisos "el que" y "cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia". Como podemos observar, se trata de una fórmula neutra "el que"; sin embargo, partiendo del artículo 1 de la citada ley, cuando señala que la misma tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (…) , extraemos que el legislador recoge que solamente sea un hombre el que pueda realizar la conducta activa, necesitándose además que exista una concreta relación con la víctima, ya sea presente o pasada[441].

De esta forma, se deja fuera del núcleo de sujetos activos tanto las relaciones homosexuales, donde el sujeto activo es una mujer y el sujeto pasivo otra mujer, olvidando que la violencia de género puede darse también en tales casos, ya que el rol que adopta la mujer que realiza la conducta puede ser el rol que adopta el hombre en las relaciones heterosexuales, cuestión que se verá con más detalle en otro capítulo del trabajo, y también se dejan fuera las relaciones homosexuales mantenidas por hombres, algo que, reiterando lo anterior, significa que el legislador se vuelve a olvidar de la

[440] STS 1177/2009, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 3.
[441] TERRADILLOS BASOCO, J. M. "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 85.

posibilidad de que una de las partes adopte un rol opresor dentro de la relación. La Fiscalía General del Estado admite que no puede ignorarse que en algunos casos estas parejas podrían reproducir "relaciones de dominación análogas a las que la ley persigue" justamente por lo que acabamos de decir, por interiorización y asunción de roles femeninos y masculinos y de sus estereotipos sociales[442].

Por su parte, en lo que respecta a las parejas formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es el varón y la víctima la mujer sí sería de aplicación la violencia de género. Para Acale Sánchez, el hecho de admitir las relaciones transexuales pone de manifiesto que se trata de una definición de la violencia de género que se "ciñe a una clase concreta; a saber, la violencia de género en razón de sexo, olvidando que si bien con el sexo se nace, el género se aprehende durante la vida"[443]. Sin embargo, como consecuencia del hecho de que la reiterada Ley recoja que estas personas quedan excluidas del objeto de la misma, las reformas del Código Penal incluyeron en materia de tutela penal un inciso " persona especialmente vulnerable", de las que ya hemos hecho mención en otros apartados del trabajo. Con la protección ofrecida a estos sujetos se trata de evitar declaraciones de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad.

Desde nuestro punto de vista, el problema suscita como ya señalamos anteriormente, la necesidad de probar la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, algo que, de no ser probado, no podría aplicarse para los casos de violencia entre parejas homosexuales, por lo cual creemos que la forma de protección ofrecida a las parejas homosexuales ante situaciones de violencia no es la misma. Y esto es así dado que la protección ofrecida a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, como señala Acale Sánchez, es una protección *iuris tantum*, ya que hay que someter a prueba tanto la vulnerabilidad del sujeto pasivo como la convivencia con el sujeto activo, mientras que la protección ofrecida a las mujeres víctimas de violencia de género es una protección *iuris et de iure*. Hay que añadir además que, si se necesita que exista una convivencia

[442] Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 6.
[443] ACALE SÁNCHEZ, M. "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", *Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 7, Logroño, 2009, pág. 41.

entre el sujeto activo y el pasivo en el caso de las personas especialmente vulnerables, está claro que las relaciones homosexuales en las que aún pudiendo demostrar la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, si la relación ya se extinguió, no cabría tampoco tutelarla de la misma forma que la violencia de género[444].

En definitiva, la violencia de género se fundamenta en el sexo de los sujetos implicados, dentro de una relación presente o pasada, mientras que en el caso de las personas especialmente vulnerables, lo que caracteriza a las mismas es la vulnerabilidad y su convivencia. Así, siguiendo la opinión de Acale Sánchez, se crea este inciso para evitar una posible declaración de inconstitucionalidad. Pero, evidentemente, la protección no es la misma, ya que en una de las relaciones es necesario que concurran más elementos para su aplicación mientras que en la otra no son necesarios para su tutela penal.

Por otro lado, la Fiscalía General del Estado señala por su parte que para conseguir la protección de los menores que también se veían como víctimas en el entorno de la mujer maltratada cuando se veían afectados por la situación de violencia que ésta sufría, se introdujo el inciso señalado anteriormente "persona especialmente vulnerable". De esta forma, la Fiscalía General no reconocía que tal inciso se hubiera creado para evitar una posible declaración de inconstitucionalidad, sino que se creó para proteger a los hijos menores o incapaces. Así afirma la Fiscalía que a pesar de que la definición legal de la violencia de género en el artículo 1 de la citada ley no hace referencia más que a la mujer como sujeto pasivo de la violencia que se persigue contra ella, se reconocen así situaciones de violencia que afectan no solo a la mujer maltratada sino a menores que se ven afectados dentro del entorno familiar y por ello se contempla su protección, tanto para tutelar los derechos de estos sujetos como garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Así la LVIG reconoce en su artículo 19 el derecho a la asistencia social integral de los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida añadiendo que los servicios sociales deberán de contar con personal formado

[444] *Ibídem*, pág. 42.

en la materia para atender a los menores, y así evitar y prevenir los daños físicos y psíquicos que puedan tener estos sujetos cuando se someten a un entorno de violencia dentro del seno familiar. La Ley también tutela a los descendientes del agresor o de la mujer víctima, así como a los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho de la esposa o conviviente cuando son también víctimas de esa violencia.

En definitiva, la LVIG delimita el núcleo de sujetos activos y pasivos a la violencia que ejerce un hombre sobre una mujer dentro de una relación sentimental presente o pasada. El motivo no es otro que acabar con una situación de violencia que la sufren en la mayoría de los casos las mujeres o que tienen el riesgo de padecerla por ello. Pero se ignora el fenómeno de la violencia de género entre parejas homosexuales o incluso cuando la víctima es el hombre, ya que lo que hacen los poderes públicos es aplicar un trato desigual para conseguir el reequilibrio de las situaciones desiguales[445]. En lo que respecta a las parejas homosexuales, éstas quedan fuera de la misma a pesar, de que, tal y como hemos afirmado, son también objeto de este tipo de violencia, y sin embargo quedan fuera de la tutela penal, ya que por mucho que el inciso "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" puede serles de aplicación, no estaríamos hablando de una misma protección que la protección que las mujeres víctimas de violencia de género les son otorgada.

Llama la atención cómo, si la violencia se produce entre parejas de transexuales sí les sería de aplicación, es decir, estamos afirmando que a pesar de que la orientación sexual sea la misma, es necesario que se haya procedido a un cambio del sexo para que la violencia de género exista, de tal forma, que si una mujer homosexual agrede a su pareja no es violencia de género sino doméstica, ignorando así que haya podido adquirir el rol masculino, mientras que si esa mujer se ha cambiado el sexo, en ese caso sí estamos ante violencia de género, y yo me pregunto, ¿acaso ambas violencias no serían iguales?. Es por ello por lo que consideramos de especial necesidad que haya una

[445] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 39, Sesión plenaria núm. 35, celebrada el 7 de octubre de 2004. Véase también, NAVAS SÁNCHEZ, M. "Los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, Artículo 14, una perspectiva de género", *Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 26, Sevilla, 2007, págs. 59-61.

regulación específica para este tipo de violencia, que no estamos reclamando que la misma se deba de denominar de la misma forma, sino que a pesar de que se trate de violencia doméstica, las medidas de protección contra la violencia de género les sean también aplicables a tales conductas, aunque se trata de una cuestión que será estudiada con más detalle en otro apartado del trabajo.

Antes de acabar, es necesario realizar una mención a si es posible que en los delitos de violencia de género puedan existir supuestos de participación o no. Los delitos de violencia de género son delitos especiales impropios ya que no pueden ser realizados por cualquier persona, sino sólamente por aquellos que la definición del precepto de la Ley recoge, y que además se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico protegido. Partiendo de la naturaleza del delito, el problema se presenta cuando un tercero ajeno a la relación de afectividad o parentesco induce a un sujeto activo que sí puede ser sujeto activo del delito a que cometa el mismo o coopere necesariamente en la ejecución del hecho, en cuyo caso, ¿estaríamos ante este delito especial o no?. Siguiendo a Muñoz Conde, será autor el que tiene el dominio del hecho siendo los demás que intervienen sin tener el dominio del hecho cooperadores necesarios o cómplices. De esta forma, si un tercero coopera en la comisión de un delito de violencia de género que una persona causa a su esposa y donde el esposo tiene el dominio del hecho, el que participa tendrá que serle de aplicación el delito de violencia de género. Pero, siguiendo a Peramato Martín, se le podrá aplicar la atenuante del artículo 65.3 del Código Penal, esto es, cuando en el inductor o cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales pueden aplicarles la pena inferior en grado a la señalada por ley para el delito de que se trate. Por su parte, la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2004 señala que esta situación se aplicará no solo a los cooperadores necesarios sino también a los cómplices aplicando la rebaja de la pena, aparte de la rebaja de la pena que se da en el artículo 63 del Código Penal a los cómplices, por no infringir el deber específico del autor intraneus[446].

[446] PERAMATO MARTÍN, T. "Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", en *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Granada*, 23 y 24 de febrero de 2006, Óp. cit., pág. 6.

A nuestro parecer consideramos acertada la posición de la Fiscalía, dado que de no hacerse extensible el artículo 65.3 del Código Penal se estaría agravando la posición del cómplice en relación con el cooperador necesario o inductor, aún cuando, el cómplice realiza actos que no son necesarios o imprescindibles para la ejecución del hecho, mientras que el cooperador necesario o inductor sí.

4.3.4. Los tipos penales de la violencia de género

El concepto de violencia sobre el que opera la adjetivación de género, tal como señala el artículo 1 de la LVIG, permite afirmar que cualquier delito que cumpla las características del artículo 1.1 sería considerado como violencia de género; sin embargo, al margen de tal afirmación y ciñéndonos a la citada Ley, el artículo 1.3 agrupa dos categorías de las formas que puede adoptar la violencia de género: la física y la psicológica. Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado[447] afirma que las distintas manifestaciones de la violencia de género son la violencia física, sexual y psicológica.

Siguiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado, considera la violencia como todo acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con el resultado o riesgo de producir una lesión física o daño en la víctima. La violencia sexual se refiere a la imposición por la fuerza de relaciones prácticas sexuales que atentan contra la libertad sexual. Y la violencia psicológica comprende toda aquella conducta que produce en la víctima desvalorización o sufrimiento, ya sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, humillaciones, vejaciones, limitaciones a la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. Y además añade que, entendiendo la violencia psíquica en un sentido más amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia que son objeto de conceptuarla de forma autónoma, como es la violencia económica o espiritual, considerando la violencia económica como un abuso económico o privación de los recursos, y la espiritual aquéllas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias determinado.

[447] Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 8.

En lo relativo a la inclusión de ampliar la violencia de género no solo a la violencia física o psicológica sino también a la sexual, estamos totalmente de acuerdo en ello, ya que en el momento en el que los requisitos del artículo 1.1 de la reiterada citada Ley se cumplen, nada impide que dicha violencia sea considerada como violencia de género. Hay que añadir además que las clasificaciones del Consejo de Europa, leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar que surgieron a partir de la Convención Latinoamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la mujer del 9 de junio de 1994, o incluso de algunas de nuestras leyes autonómicas, como la de Cantabria, amplían la lista de supuestos de violencia de género a dichas formas de manifestación. Además somos partidarios de considerar que la violencia psíquica tiene manifestaciones en el momento en el que se produce una limitación en el uso del capital o cuando se impone a la mujer una determinada religión, aunque para nosotros además la imposición de una determinada ideología supondría un caso de violencia de género psíquica.

En el Título IV de la LVIG se recoge bajo la rúbrica de "Tutela Penal" una reforma parcial que asegura una protección reforzada a las víctimas de violencia de género, y que además se extiende a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Se realizó una reforma que, como hemos dicho anteriormente, reforzó la pena de ciertos delitos y no de todos los delitos del Código Penal, véase el caso del homicidio. Aún así, nos vamos a centrar en las reformas de los distintos tipos penales, pero para no caer en el error de repetir el análisis de los mismos, ya que fueron analizados en el Capítulo de la violencia doméstica, lo que haremos es realizar un breve repaso por los tipos penales que se han visto afectados con la violencia de género[448].

a. Delito del artículo 148 del Código Penal

El primero de los delitos que se ha visto modificado ha sido el artículo 148 del Código Penal, modalidad agravada de lesiones. Se trata de un precepto que fue

[448] ACALE SÁNCHEZ, M. "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", Óp. cit., pág. 42. Véase PERAMATO MARTÍN, T. "Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", *en II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*: Granada, 23 y 24 de febrero de 2006, Óp. cit., pág. 6.

introducido como mención en las consideraciones generales por la LVIG. Trayendo a colación lo analizado en el capítulo anterior, recordemos que el tipo básico de las lesiones se encuentra en el artículo 147 del Código Penal. Sin embargo, la especialidad en materia de violencia de género la encontramos en el precepto citado, en la modalidad agravada de las lesiones, artículo 148, en el que se agravan las penas en función de las condiciones del autor y de la víctima. Es decir, con la Ley Integral se incluyó el apartado cuarto cuando señala "si la víctima fuera o hubiera sido esposa o mujer que estuviera o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia" y el apartado quinto, "si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor". Se trata de supuestos de agravación en donde el primero se considera violencia de género mientras que el segundo sería violencia doméstica. Para su aplicación, el primero necesita que la violencia se haya ejercido sobre una mujer con la que se ha tenido o tiene una relación sentimental, sin necesidad de que haya convivencia. Y en el segundo caso, es necesario para que opere que se den los requisitos, ya analizados, de vulnerabilidad y convivencia con el autor.

Sobre dicho precepto el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 45/2010 de 28 de julio[449], se ha pronunciado señalando que el apartado cuarto del artículo 148 del Código Penal es de aplicación facultativa por el órgano judicial, debiendo atenderse para ello al resultado producido y al riesgo ocasionado, exigiéndose que se den las circunstancias de que la víctima sea no solo mujer, sino además, "que tenga o haya tenido con el autor una relación sentimental, así como que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado". De esta forma, señala también el Tribunal Constitucional que la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría determinada por la existencia de una relación sentimental, ya sea presente o pasada, entre la víctima y el autor del delito, sino "por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido", pudiendo el juzgador no aplicar tal agravación, aunque esté ante un caso de violencia de género, por el hecho de que no se aprecie la intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

[449] STC 45/2010, de 28 de julio, Fundamento Jurídico 9.

En definitiva, la agravación del artículo 148 del Código Penal no opera automáticamente en el momento en el que se produce una lesión del tipo base del artículo 147 del Código Penal, sino que necesita que el juez aprecie si realmente concurre la circunstancia de haberse causado un riesgo en la conducta lesiva o en el resultado que se ha producido[450].

b. Delito del artículo 153 del Código Penal.

Otro de los preceptos que se vieron modificados fue el del artículo 153 del Código Penal, llamado también delito de lesiones leves o maltrato de obra, y donde la citada Ley enunciaba en su Exposición de Motivos que la introducción de normas de naturaleza penal mediante las que se pretendía incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando se produjese sobre quien fuera o hubiera sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligado a él por análoga relación sentimental, aún sin convivencia, tenía como finalidad dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándola en tipos penales específicos. En dicho precepto a lo que se atiende es a las condiciones particulares de la víctima y a la relación con el agresor. Se trata así de un delito de propia mano, ya que la conducta delictiva hace referencia a un menoscabo o lesión de menor gravedad o fuera un maltrato sin lesión, necesitando además que se dé a una mujer con la que el autor tiene o ha tenido una relación conyugal o análoga de afectividad.

Lo más característico de este precepto es que la Ley Integral desglosó dicho precepto en cuatro apartados: el primer apartado se refirió a la violencia de género, el segundo a la violencia doméstica, en el apartado tercero se aplicó una agravación para cuando la conducta se realizara en presencia de menores, domicilio familiar, quebrantando una medida del artículo 48 del Código Penal, o medida de seguridad o cautelar, y en el apartado cuarto recogió un tipo atenuado facultativo para el juzgador. De esta forma, el apartado primero y el segundo delimitan claramente la violencia de género y la violencia doméstica, quedando así la mujer protegida singularmente frente a

[450] Véase en este sentido a LAUSCAURIN SÁNCHEZ, J. A. "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentarios a la sentencia 59/2008, 45/2009, 41/2010", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2013, págs. 329-369.

los casos de violencia de género, no introduciéndose como ocurría antes de la entrada en vigor de la reiterada Ley, en la violencia doméstica.

En lo que respecta al apartado tercero de dicho precepto se describen conductas que aumentan la pena cuando:

a. Cuando se de la violencia en presencia de menores. Se trata de proteger a los menores ante una situación de violencia en la que se encuentran los mismos y de la que no pueden escapar o defenderse. Se trata de un sujeto pasivo no directo de la agresión pero que el legislador quiere proteger.

b. Agravación de la pena en caso de que se utilicen armas. Se aplica cuando la conducta delictiva se realiza a través de medios o instrumentos peligrosos que tienden a facilitar el resultado o suponen un riesgo de que dicho resultado sea más grave.

c. Agravación de la pena cuando el hecho se produzca en el domicilio familiar. Se trata del lugar donde se producen habitualmente los casos de violencia de género, y en el que, al tratarse de una zona íntima, es donde la mujer no puede solicitar la ayuda de terceras personas para escapar o denunciar los hechos.

d. Agravación de la pena por quebrantamiento de la pena o medida cautelar. Se trata de proteger a la víctima ante la posibilidad de que exista ya una pena contra el autor o se esté en curso la misma.

Siguiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado, basta con que concurra una de estas circunstancias para que se dé la agravación. Así como también basta que haya un solo menor cuando la conducta se realiza en presencia del mismo para que se pueda aplicar no siendo necesario que sean varios menores, y no se agravará tampoco aún más cuando son varios menores de edad los que presencien la conducta. Y tampoco se agrava la conducta cuando no exista relación entre el menor con la víctima o el agresor,

caso por ejemplo de una agresión hacia una mujer por parte de su pareja en la vía pública[451].

En lo que respecta al apartado cuarto de la cláusula atenuadora específica, siguiendo a la Fiscalía General del Estado, responde a razones de exigencia de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Se trata así de individualizar la respuesta penal, de tal forma que se atenúa teniendo en cuenta dos parámetros, como son el de las circunstancias personales del autor y las del hecho.

c. Delito del artículo 171 del Código Penal.

El delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género viene dentro del delito base de amenazas. El delito de amenazas que nuestro actual Código Penal recoge diferencia entre las amenazas de un mal constitutivo de delito o no, y a su vez diferencia si son condicionales o no. En el caso de las amenazas leves se castiga con una pena cuando las mismas van dirigidas a la esposa o mujer que esté o haya estado ligado a él por análoga relación de afectividad sin convivencia, es decir, la propia de la violencia de género. Dado que ya analizamos dicho precepto en el capítulo de la violencia doméstica, aquí simplemente cabe recordar que el delito de amenazas distingue por lo tanto dos bloques, el primero dirigido a las amenazas leves incardinadas dentro de la violencia de género, y a un caso de violencia doméstica, como es el de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, y en el segundo bloque, las amenazas con armas o instrumentos peligrosos[452]. En lo que respecta al bien jurídico protegido y a la conducta típica nos remitimos al Capítulo correspondiente, baste aquí señalar que se trata de un delito de expresión que atenta contra la libertad de las personas, siendo necesario que para el anuncio de las amenazas sea futuro, idóneo, posible, determinado, y capaz de causar un miedo o intranquilidad en el sujeto[453].

[451] Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 14.
[452] Véase a BLANCO LOZANO, C. y POLAINO NAVARRETE, M. *Amenazas y coacciones* en *Lecciones de derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 165-174.
[453] Véase a PACHECO GALLARDO, M. "Delito y falta de amenazas; similitudes y diferencias", *La Ley*, núm. 8510, Madrid, 2015.

Se trata además de un delito de mera actividad, en el que basta con anunciar un mal junto con la voluntad del que lo hace, bien sea con el ánimo de lograr un determinado objeto, sin propósito alguno o con expresión de rencor o ira[454]. Por su parte, el Tribunal Supremo ya señalaba en el año 1989 que el delito de amenazas es un delito que radica en proteger la libertad y seguridad de las personas, siendo un delito de peligro, "que consiste en la conminación de un mal futuro, injusto, posible, dependiente del sujeto activo, y susceptible de producir intimidación en la persona amenazada"[455] y que se consumaba en el momento en el que la amenaza llegaba; así el propio Tribunal recogía que la amenaza era además un delito de mera actividad que se consumaba cuando el anuncio de la amenaza llegaba a su destinatario, y descansa en la "conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por el autor, de manera que baste, el componente objetivo apto para amedrentar a la víctima dentro del contexto circunstancial"[456].

Así pues, el delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género se centra en el apartado cuarto del artículo 171 del Código Penal, pero no hace una descripción detallada de cómo deben de ser las amenazas, en cuyo caso basta que las mismas sean leves pero no recoge que sean condicionales o no, o con armas o no, lo cual nos lleva a poner en duda si las amenazas condicionales cuando la víctima es una mujer con la que se ha tenido o tiene una relación sentimental serían objeto de aplicación del tipo base o éste. En nuestra opinión consideramos que habría que valorar la gravedad de la amenaza y si las circunstancias particulares de la amenaza tienen la consideración de leves o no. Si no fueran leves, entonces sí habría que aplicar la amenaza del tipo base con la agravante del artículo 22.4 del Código Penal[457].

[454] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Óp.cit., pág. 71.
[455] STS 995/1989, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico 2.
[456] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 2.
[457] Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 16

d. Delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal

El delito de coacciones leves repite la estructura del delito de amenazas, de tal forma que por un lado tenemos las coacciones leves que lleve a cabo el hombre sobre la mujer con la que se ha tenido o tiene una relación sentimental, sin necesidad de que haya existido convivencia, delito por lo tanto que se incardina dentro de la violencia de género, y al que se añade un supuesto de violencia doméstica, cuando se trata de personas especialmente vulnerables que conviven con el autor. Por otro lado, tenemos las coacciones de forma leve sobre alguna de las personas víctimas de violencia doméstica, recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal. El análisis de este tipo penal ya lo veíamos en el capítulo de la violencia doméstica, baste aquí recoger que, siguiendo a Luzón Cuesta[458], los elementos de la conducta son:

- Uso de la violencia para impedir o compeler a una persona, pudiendo tratarse así de violencia física o violencia moral, estableciendo incluso, según el Tribunal Supremo, la violencia omisiva.

- Impedir hacer o compeler a efectuar. En el caso de impedir, se trata de impedir hacer alguna cosa, consumándose cuando esa acción no se realiza, mientras que en el compeler a efectuar se trata de obligar hacer y no necesita que haya una materialización, bastando que el sujeto pasivo se vea obligado a realizar algo en uno u otro sentido. La primera conducta requiere que se trate de un acto no prohibido por la ley y que el sujeto activo no esté obligado a impedir realizar esa acción. En el caso de la segunda conducta, se trata de compeler a efectuar algo que no se quiere, castigándose con independencia de si es un acto injusto o justo.

- Relación causal, es decir, como señala el citado autor, se trata de que exista una relación causal entre la violencia que deberá de tener cierta intensidad, la obligación de no hacer o sentirse obligado a efectuar.

[458] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Óp. cit., pág. 51.

- Finalidad de atentar contra la libertad. El Tribunal Supremo señala que el ánimo del sujeto activo debe de ser el de restringir la libertad de la persona sobre la que se ejerce la violencia.

Así pues, en materia de violencia de género, cuando las coacciones no son leves se aplica, al igual que ocurría con las amenazas, el tipo base, aplicando la agravante del artículo 22.4 del Código Penal. De esta forma, tampoco existe en el delito de coacciones una conducta típica detallada para las coacciones leves incardinadas dentro de la violencia de género, o bien cuando van dirigidas a alguna de las personas del 173.2 del Código Penal y que se refiere a la violencia doméstica, por lo que para aplicar el tipo base o el de la violencia de género o doméstica, habría que estar a la valoración de las circunstancias del hecho, a nuestro parecer, para determinar si estamos ante un caso de coacciones leves o graves.

e. Delito de vigilancia y acoso, artículo 172 ter del Código Penal.

Se trata de un delito muy criticado por la doctrina, y aunque ya hemos visto algunas consideraciones en el capítulo de la violencia doméstica, merece destacar aquí cómo la doctrina no está del todo de acuerdo en aceptar que el Derecho Penal castigue este tipo de conductas. De tal forma que existen autores que consideran que este tipo de conductas no dejan de ser meras conductas que no superan el mínimo de relevancia penal para fundamentar su criminalización[459], además de argumentar que no hay estudios empíricos que demuestren la necesidad técnico-jurídica de tener que incorporar este tipo de delitos, así como también las dificultades probatorias que acarrea este delito. Por su parte, existen otros sectores minoritarios que señalan que se trata de un delito que permiten resolver aquellos problemas de acoso que no pueden ser reconducidos a ciertos delitos penales, como las amenazas o las coacciones, o ciertas conductas que se llevan a cabo a través de internet[460].

[459] MATALLIN EVANGELIO, Á. *El nuevo delito de acoso,* Revista General del Derecho, Madrid, 2000, pág. 576. BUENO DE LA MATA, F. "Tratamiento procesal de los escraches a través de internet", *La Ley Penal*, Madrid, 2014, págs. 5-19.

[460] ALONSO DE ESCAMILLA, A. "El delito de stalking como nueva forma de acoso cyberstalking y nuevas realidades", *La Ley Penal*, núm. 105, Madrid, 2013, pág. 1.

Así pues, las conductas que en dicho precepto se castigan exigen que se trate de conductas que alteran el normal desarrollo de la vida cotidiana, algo que ya habíamos dicho en el capítulo de la violencia doméstica, de tal forma que con la conducta de acoso, siguiendo a Alonso de Escamilla, se busca en causar en la víctima, un temor, inseguridad o desasosiego, de forma que la vida cotidiana de la víctima se ve alterada.

Las distintas modalidades de conducta que se presentan en el delito, como ya se ha dicho, se han visto en el capítulo correspondiente; baste aquí señalar que es necesario que en todas estas conductas se den actos insistentes y reiterados, y que sean idóneos para hacer que la víctima altere de forma significativa su vida cotidiana[461]. Como consecuencia de esto, se configura como un delito de resultado, donde al final el sujeto pasivo cambia la conducta debido al hostigamiento prolongado al que se ve sometido[462].

Siguiendo a Villacampa Estiarte podemos decir que las características principales de este delito son:

- Patrón de conducta insidioso y disruptivo, pudiendo ser de distinta naturaleza, e incluso singular y aislado.

- Que se realizan sin consentimiento ni voluntad de la víctima.

- Que causan un efecto de desasosiego o temor sobre la víctima irrumpiendo en su vida privada. En este caso, señala la autora que sería necesario probar que la víctima ha alterado su vida cotidiana como consecuencia de la conducta del sujeto activo, variando su vida cotidiana.

A nuestro parecer se trata de un delito necesario que permite que muchas de las conductas que quedaban sin respuesta penológica tengan cabida en este precepto, y especialmente en el contexto de la violencia de género, ciertos ataques a la libertad no

[461] BAUCELLS LLADOS J. "Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento", *en El proyecto de reforma del código penal del 2013 a debate*, por María CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO, Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, Rattio Leggis, Madrid, 2014, pág. 85.
[462] VILLACAMPA ESTIARTE, C. "La respuesta jurídico penal frente al skalting en España presente y futuro", *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, núm. 4, Valencia, 2010, págs. 33-57.

deberían de quedar impunes por no encontrar encaje en ninguno de los preceptos que el Código Penal ofrecía hasta la entrada en vigor de dicho delito, aparte de que consideramos que se trata de ciertas conductas de acoso que son previas a un delito mayor de violencia de género, como pueden ser las lesiones o ataques a la libertad sexual, que permiten poner en conocimiento de las autoridades judiciales que una persona se está viendo acosada por parte de la que sea o haya sido su pareja, teniendo en cuenta que estos actos de acoso suelen darse especialmente cuando la relación sentimental se ha extinguido.

f. Delito de maltrato habitual , vejaciones e injurias leves, artículo 173 del Código Penal.

Ya hemos realizado un análisis de dicho precepto. Baste aquí realizar una breve puntualización de dicho precepto. Se trata de un delito que recoge, como hemos visto, distintos comportamientos que atentan contra la integridad de las personas.

El primer apartado de dicho precepto castiga los tratos degradantes que atentan contra la integridad del sujeto pasivo. No existe ningún tipo de especialidad en el sujeto activo y pasivo, pudiendo ser cualquier persona. Se requiere para su consumación un resultado concreto, como es el de menoscabar la integridad moral del sujeto.

Se castiga también dentro de este primer apartado el llamado acoso laboral, que consiste en un grave acoso causado por actos hostiles o humillantes realizados por el sujeto que tiene sobre la víctima una relación de superioridad laboral o funcionarial.

Y la última conducta punible dentro de este primer apartado es el castigo al acoso inmobiliario, exigiéndose como conducta típica el trato hostil o humillante para impedir a la víctima el disfrute legítimo de la vivienda, exigiéndose que el sujeto activo tenga una posición para impedir este disfrute al sujeto pasivo, es decir, se encuentre en una posición de garante.

En estas tres conductas se exige un acto hostil o humillante sobre la víctima, y tal y como hemos visto, en el primer caso no se requiere ninguna característica del sujeto

activo; en los otros dos casos, tal como apuntábamos, se requiere por un lado, en el caso del acoso laboral, una relación existente previa, ya sea funcionarial o laboral, y en el caso del acoso inmobiliario que el sujeto activo se encuentre en una posición de garante como para impedir el disfrute legítimo de la vivienda; ejemplo de ello sería el arrendador.

El apartado dos y tres de dicho precepto concierne a la violencia habitual, referida a los sujetos víctimas de violencia de género, es decir, cuando la víctima es mujer, con la que el sujeto activo tiene o ha tenido una relación sentimental, y referida también a los sujetos víctimas de violencia doméstica. Ya hemos realizado un análisis del concepto de habitualidad en el capítulo de la violencia doméstica, por lo que no nos centraremos en este tema. Aquí cabe ahora plantearnos la cuestión de si se exige la convivencia entre la víctima y el agresor cuando la víctima es alguna de las personas que quedan fuera de la violencia de género o de considerarlas personas especialmente vulnerables, caso este último que deja fuera de toda duda que para poder ser aplicado necesita que conviva con el autor. Para responder a esta cuestión tenemos que acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo que exige para su aplicación que exista una relación de convivencia entre la víctima y el autor[463].

El último apartado se refiere a las injurias y vejaciones leves dirigidas contra alguna de las personas del 173.2 del Código Penal, exigiéndose para ser perseguidos la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En materia de violencia de género cabe destacar aquí que se establece una novedad en cuanto a las penas a imponer, pues podrá imponerse una pena de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, así como una pena de multa cuando entre ellos no exista relación económica derivada de una relación conyugal, de convivencia o filiación por tener descendientes comunes. De esta forma, el legislador pretende evitar la consecuencia de imponer penas al agresor que sean utilizadas para perjudicar a la víctima en los derechos económicos que pueda tener frente a él.

[463] STS 10667/2006, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico 3.

Vamos a proceder ahora a identificar a las personas que la violencia habitual recoge, concretamente en el artículo 173.2 del Código Penal.

4.3.5. Identificación de las personas del artículo 173.2 del Código Penal

El actual 173.2 del Código Penal incluye una serie de relaciones familiares que podemos diferenciar, entre las que están dentro de las relaciones de parentesco y aquéllas que se encuentran establecidas a través de unos vínculos profesionales o de prestación de servicios. Estas relaciones que no sean las que se encuentran dentro de las relaciones conyugales o sentimentales presentes o pasadas donde el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo es una mujer, entran dentro de las relaciones familiares que en caso de cometerse delito serán denominadas violencia doméstica.

De tal forma podemos establecer tres grupos. Un primer grupo de relaciones que se dan como bien en las relaciones conyugales o de noviazgo las cuales se equiparan estas últimas a las primeras sin necesidad de vínculo matrimonial. Un segundo grupo en el que se encuentran las relaciones parentales y los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afines, propios del cónyuge o conviviente que son también considerados familia. El tercero grupo, como hemos dicho, son relaciones en las que no siendo familiares, es decir, no presentando relación de parentesco, se trata de personas que se amparan en cualquier otra relación que está dentro del núcleo de la convivencia familiar del autor, o aquellas personas que por su especial vulnerabilidad están custodiadas en centros públicos o privados, y de las que nacen ciertas relaciones profesionales o de prestación de servicios.

Basándonos en la LVIG vemos cómo los tipos penales que se han reformado han protegido más a la mujer que es o ha sido la esposa o con la que el sujeto ha tenido una relación sentimental sin necesidad de convivencia, incluso de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, con independencia de que esa

convivencia, como señala Acale Sánchez, exista por ser pariente o porque se ha establecido por una relación profesional[464].

Cuando el artículo 173.2 del Código Penal señala que quedan exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, lo que se está afirmando es que se concede igual protección a la esposa que sufre maltrato a manos de su marido como al interno que está en un centro geriátrico y cuyo maltrato se lleva a cabo por un cuidador siempre que el mismo sea considerado especialmente vulnerable, cuestión a la que ya hemos dedicado un apartado en el capítulo anterior del trabajo. Con ello, a nuestro entender, se está ampliando el círculo de sujetos pasivos que son protegidos ante situaciones de malos tratos habituales debido a la reforma operada con la Ley Orgánica 11/2003 de 23 de septiembre.

4.3.6. Agravación de la pena para los delitos leves

Ya hemos visto que la LVIG ha modificado ciertos delitos, y aunque parece que se trata de delitos que son nuevos dentro de nuestro Código Penal, en realidad se trata de delitos que no tipifican nuevos comportamientos, simplemente sufren una elevación de las penas para los delitos de maltrato, lesiones, amenazas leves, coacciones leves y quebrantamiento de condena. De tal forma que esto nos lleva a preguntarnos por qué ciertos delitos, véase el caso del homicidio, no se ha visto modificado, recayendo así la agravación en los delitos leves.

Por un lado, Acale Sánchez ha señalado que lo que se hace con esta situación es mantener el equilibrio de las distintas penas impuestas atendiendo al conjunto de bienes jurídicos protegidos, provocando la modificación de algunas penas, y el resentimiento del principio de proporcionalidad extrínseca en lo que a la regulación de los delitos de lesiones agravadas, amenazas y coacciones leves se trata[465].

[464] ACALE SÁNCHEZ, M. "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", Óp. cit., pág. 10.
[465] *Ibídem*, pág. 12.

Por su parte, Ramón Rivas[466] señala que el motivo reside en conseguir dar una mayor protección a las mujeres víctimas de delitos leves y no de los delitos graves. Para ello, lo explica distinguiendo dos momentos: antes de la creación de la violencia de género y después de la creación de la violencia de género.

Antes de crearse el concepto de violencia de género, si una mujer era víctima de violencia de género, si el delito era grave, era constitutivo de delito y por tanto se procedía a la detención del autor. Sin embargo, si se trataba de una violencia leve, no se procedía a la detención del autor. Esta situación actualmente es distinta, de tal forma que, si una mujer es objeto de violencia de género, la reacción penal depende de si es grave o leve, pero en el caso de que sea grave se sigue procediendo a la detención, y en el caso de que el delito sea leve se califica también como delito y se procede a la detención igualmente del sujeto. De tal forma que los delitos que pasaron a ser leves en nuestro Código Penal, y que se incardinan dentro de la violencia de género, permiten una intervención penal rápida, exigiéndose de esta forma para que el delito sea apreciado pequeños elementos para su realización, permitiendo así una mayor protección a las víctimas.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 59/2008 de 14 de mayo, señala que esta cuestión se ha de abordar en un doble sentido. Por un lado, para justificar que los delitos graves no se hayan visto modificados, porque las penas que estos delitos tienen obedecen a que se trata de delitos de un significado mayor desvalor a los que se le ha asignado ya una pena significativamente mayor, y por lo tanto, están suficientemente penados. Sobre este punto, pensamos que, a pesar de que tengan una pena mayor y por lo tanto ya están suficientemente penados, lo cierto es que no están teniendo en cuenta, como señala Acale Sánchez, la afección negativa al bien jurídico protegido que la LVIG protege con los tipos penales reformados. Además, el Tribunal Constitucional mantiene que la argumentación más bien sugiere que es "un déficit de protección en los preceptos comparados, lo que supone una especie de desproporción inversa, en principio, relevancia constitucional, o una desigualdad por indiferenciacion en dichos preceptos

[466] RAMÓN RIVAS, E. "Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 33, Santiago de Compostela, 2013, pág. 462.

merecedora de similar juicio de irrelevancia"[467]. Sin embargo, a pesar de las argumentaciones que realizó el Tribunal Constitucional sobre la existencia de una desproporción de la respuesta punitiva frente a los hechos más graves de la violencia de género, como es el caso de los delitos que ponen fin a la vida de la víctima, el legislador no ha procedido a realizar una modificación de tales tipos penales.

A nuestro parecer creemos que aquellos delitos graves que no contemplan los supuestos de la violencia de género, y que por lo tanto no se vieron modificados por la LVIG, permiten que tal agravación se vea resuelta con la circunstancia agravatoria por razón de género, introducida con la reforma de nuestro Código Penal en el año 2015, lo cual permite resolver la cuestión.

4.3.7. Supuestos de agresiones mutuas

Nos centramos aquí en el supuesto de las agresiones en las que un hombre y una mujer se agreden mutuamente, propinándose golpes, insultos, etcétera[468]. Para determinar cómo castigar estos supuestos partiendo de las modificaciones de los tipos penales que la LVIG establece, vamos a identificar primero las sentencias de los órganos inferiores para luego hacer mención a lo que dice el Tribunal Supremo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 2005 en relación al maltrato singular mutuo entiende que no es aplicable el artículo 153.1 del Código Penal, ya que este tipo de violencias son un instrumento de discriminación, dominación o subyugación de alguno de los supuestos que comprende, tratándose así de una riña entre dos personas adultas que se encuentran en igualdad de condiciones, y ninguna de ellas se encuentra en una posición de inferioridad respecto de la otra, por lo que en este caso concreto se acabó castigando a los sujetos por las ya derogadas faltas del artículo 617 y 620 del Código Penal.

[467] Véase DE LA MATA BARRANCO, N. J. El *principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 29.
[468] LARRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y violencia de género*, Óp. cit., pág. 12.

Por otro lado, el Auto del Juzgado número 6 de Madrid de 14 de febrero de 2006, que da lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2008, de 24 de julio, castigó el maltrato del hombre a la mujer por el artículo 153.1 del Código Penal, y el de la mujer al hombre a través del artículo 153.2 del Código Penal, pero impuso en ambos casos la misma pena de trabajos en beneficio de la comunidad ya que tenían la misma duración.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia 677/2018, 20 de Diciembre de 2018 ha señalado que las agresiones recíprocas entre hombre y mujer en pareja o ex pareja es hecho de violencia de género, y familiar o doméstica, respectivamente. El caso concreto parte de la Audiencia Provincial de Zaragoza donde se había confirmado la absolución que acordó también un Juzgado de lo Penal de la misma localidad, ante una situación en la que la pareja se había agredido mutuamente. El Ministerio Fiscal pedía en la acusación que se les castigara por el artículo 153.1 del Código Penal al hombre y por el artículo 153.2 del Código Penal a la mujer. Sin embargo, tal y como hemos señalado, se les absolvió, dado que no quedaba acreditada la intención de dominación de machismo del hombre a la mujer en su agresión, lo cual no podía constituir delito de violencia de género ni de violencia doméstica respectivamente.

El Pleno del Tribunal Supremo[469] señaló que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o ex pareja es un hecho constitutivo de violencia de género. Así, se entiende según el Tribunal que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación sentimental de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del mismo. Además, la Audiencia consideró que las agresiones recíprocas eran un delito leve, y el Tribunal Supremo niega que esto sea así, manteniendo que cuando el hombre agrede a la mujer ya es por sí mismo un acto de violencia de género con connotaciones de poder y machismo. Podría suponer que el hombre hubiera llevado a cabo una legítima defensa pero, dice el Tribunal Supremo, que al no quedar constatada no puede dictarse una Sentencia que absuelva si lo que sí queda probado es la agresión mutua. Además, cuando el legislador quiso adicionar una exigencia de valoración intencional, según señala el Tribunal Supremo, fue para exigir

[469] STS 677/2018, 20 de diciembre, Fundamento Jurídico 2.

que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer para que el hecho fuera considerado violencia de género. Así, si hay agresión del hombre sobre la mujer es violencia de género, y si la agresión es mutua no es necesario probar un comportamiento de dominación del hombre sobre la mujer. Una vez probada la agresión, el hecho del sujeto varón es constitutivo de violencia de género, mientras que la agresión de la mujer sería violencia familiar.

La condena que el Tribunal Supremo impuso al hombre fue de una pena de seis meses de prisión con orden de alejamiento con sus accesorias y la pena a la mujer de tres meses con iguales penas accesorias y pena de alejamiento.

En nuestra opinión se trata de una solución que no respeta el Derecho a la Igualdad, ya que si estamos ante una situación en la que dos personas se encuentran en igualdad de condiciones, y se agreden mutuamente, y el hombre no está ejerciendo una agresión como manifestación de una situación de desigualdad, discriminación o como consecuencia de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, no se podrían aplicar penas distintas para casos idénticos. Hay que recordar lo dicho anteriormente en estas páginas, cuando veíamos que la violencia de género no puede operar de manera automática, sino que debe operar valorando que se den las circunstancias del artículo 1 de la LVIG. La solución del Tribunal Supremo es establecer directamente que el hombre ha actuado como manifestación de una situación de discriminación, y al no poder valorar si actuó en legítima defensa o no, considera que se trata de una situación de violencia de género. Esta solución a nuestro juicio entraría en contra del principio de presunción de inocencia, aquí el hombre no es inocente salvo que se pruebe lo contrario. Lo normal ante una situación de riña mutua en el que ambos están participando de la misma manera y sin poder probar que el hombre ha llevado a cabo una conducta como manifestación de dicha situación de desigualdad, sería o no castigar a ninguno o castigar a ambos con la misma pena, no caer en el error de considerar que ese hecho es directamente el delito mayor, es decir violencia de género por parte del hombre dado que no puede probarse que actuara en legítima defensa. Creemos que se trata de una violación del artículo 14 de la Constitución Española, donde el juzgador está

presumiendo la culpabilidad mayor ante la falta de prueba de una inocencia, como sería el caso de una legítima defensa.

Admitimos que es difícil probar esa legítima defensa; pero ante una situación así, creemos que castigar a ambos con la misma pena sería lo correcto. De hecho, creemos que entra en contradicción, pues, si el hombre está actuando presumiblemente como manifestación de una situación de discriminación o fruto de una relación de superioridad, ¿por qué se castiga a la mujer como autora de un delito de violencia doméstica? En este caso, podría ante una situación de violencia por parte de un hombre que ha agredido a una mujer como manifestación de un desequilibrio de poderes, considerarse que la mujer está actuando en legítima defensa, por lo cual habría que determinar que ella debería quedar absuelta. En el caso concreto, es la mujer la que propina un puñetazo al hombre y así queda constatado, y ante eso el hombre le propina una bofetada a la mujer; en este caso, es claro que el hombre no está actuando como manifestación de una situación de desigualdad respecto de la mujer, ya que es ella la que inicia la agresión, lo cual, ante dos agresiones idénticas, creemos que debería ofrecer una solución idéntica, e incluso, a nuestro parecer, podría llegar a darse una absolución del hombre.

De hecho, cualquier persona ante una agresión lleva a cabo un acto de defensa, es decir, el hombre no permanecerá inactivo ante una agresión que la mujer le pueda llegar a propinar. Otra cosa distinta es que él la hubiera propinado una serie de puñetazos o de bofetadas en los que, haciendo uso de la fuerza, quede manifestado un desequilibrio de poderes entre ambos sexos, ya que de por sí la "mujer media" -refiriéndome como "mujer media" a aquélla que no sabe defensa propia o tiene un físico con respecto a su pareja que queda acreditado dispone de una fuerza inferior- suele tener menos fuerza que el hombre. Así, si ante una agresión de una mujer el hombre se defiende con una fuerza desproporcionada, entonces sí estaríamos hablando de un posible caso de abuso de una situación de superioridad o desigualdad entre ambos sexos, y por lo tanto constitutivo de un delito de violencia de género.

Analizada la cuestión de las agresiones mutuas, vamos a proceder a abordar el tema de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género.

4.3.8. Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género

La LVIG recoge un elenco de medidas judiciales de protección y de seguridad para las víctimas de la violencia de género que garantizan la eficacia de la resolución final, así como dar una mayor protección a las víctimas. La Exposición de Motivos de la citada Ley y la Circular de la Fiscalía General del Estado recoge que existe la necesidad de garantizar una tutela cautelar ágil y eficaz desde el momento de la denuncia si se quiere luchar contra la impunidad de estas conductas, y por ello se ha optado por incluir en la Ley medidas de protección y de seguridad más amplias a las que la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge.

Algunas de estas medidas estaban ya previstas en la legislación actual y otras aparecen reguladas por primera vez como medidas cautelares dentro de los procesos penales. La Circular 4/2005 lamenta que no se haya regulado como medida cautelar el someter al inculpado a un programa de deshabituación al alcohol cuando la causa o el factor que desencadena la conducta del maltrato sea éste; de hecho, se proponía la creación de estas medidas en el Seminario de Fiscales encargados de violencia doméstica celebrado en noviembre del 2004.

Una de las cosas que además, a nuestro parecer, llama la atención, es la posibilidad de que estas medidas sean utilizadas también como medidas de seguridad antes o durante la ejecución de la sentencia, posibilitando así al juez, tal como señala la Exposición de motivos, la garantía de proteger a las víctimas más allá de la finalización del proceso. Así podemos distinguir entre aquellas medidas penales, medidas civiles y de otra índole. Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas judiciales que contempla la reiterada citada Ley en el capítulo IV, no es fácil determinar la misma debido a que,

como señala Moral Moro[470], el legislador incurre en una heterogeneidad y una imprecisión y confusión terminológica. Unos autores, como Moreno Catena, han señalado que lo que se pretende con estas medidas judiciales es dotar a la víctima de un estatuto de protección adecuado frente al agresor considerando por ello que se trata de medidas de protección[471]. Y otro sector doctrinal señala que las medidas de protección y las medias cautelares comparten presupuestos, requisitos y características comunes, por lo que se les otorga una naturaleza jurídica análoga[472], mientras que otro sector mantiene que se trata de medidas coercitivas personales, ya que la legitimación de su adopción tiene que ver con la situación objetiva de riesgo para la víctima[473].

Para resolver esta situación, partimos de la distinción entre las medias cautelares, de seguridad y de protección. Las cautelares son instrumentos procesales que van dirigidas a conseguir la presencia del investigado en el proceso y garantizar la ejecución de la sentencia. Las medidas de seguridad, por su parte, son instrumentos penales que protegen a la víctima de la peligrosidad del sujeto. Y, por último, las medidas de protección son aquellas que garantizan la protección de la víctima ante futuras o probables agresiones.

Teniendo en cuenta esto, a nuestro parecer, consideramos que estas medidas no son cautelares, ya que las medidas que la LVIG recoge no tienen como finalidad proteger a la víctima; además tampoco, siguiendo a Moreno Catena, cumplen los requisitos para su imposición como son el *fumus boni iuris*, esto es, se valora que haya indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto

---

[470] MORAL MORO, M. J. "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la Violencia de Género", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, Valladolid, 2008, págs. 123.

[471] MORENO CATENA, V. "Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos", en *Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género*, Universidad Jaume Matas, Valencia, 2007, págs. 335-339. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. "*¿Medidas judiciales de protección seguridad de las víctimas, novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?"*, *La Ley*, núm. 6716, Madrid, 2007, pág. 3. ORTEGA CALDERÓN, J. "Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre", *La Ley*, núm. 6349, Madrid, 2005, pág. 2.

[472] VV.AA. *Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género en Tutela penal y tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 168-169.

[473] SENES MOTILLA, C. "Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género", *La Ley*, núm. 6644, Madrid, 2007, pág. 1.

presuntamente responsable y que soporta la medidas; y el segundo elemento para aplicar una medida cautelar sería el *perículo in mora*, es decir, la posibilidad de que el condenado pueda poner en peligro la medida cautelar[474]. A nuestro parecer tampoco sería una medida de seguridad principalmente porque debería de existir una sentencia penal para su imposición, y las medidas judiciales que se adoptan en el capítulo IV se tienen que adoptar cuando el proceso está pendiente, y no puede mantenerse sino hasta la fase de recurso, y por lo tanto nos mantenemos en la línea de considerar que dichas medidas que recoge la ley son medidas de protección, ya que van dirigidas a proteger a las víctimas de violencia de género de unas posibles agresiones futuras, y así se dota a las víctimas de un estatuto de protección adecuado frente al agresor impidiendo así que vuelva a cometer otro delito. En definitiva, no se trata ni de medidas de seguridad ni de medidas cautelares, por lo que el calificativo que usa la ley no es muy adecuado; debería de haberse empleado el término de medidas de protección solamente.

Ya hemos señalado cuál es la naturaleza de estas medidas; ahora consideramos que es necesario determinar cuál es el ámbito de aplicación de las mismas. Así mismo, para adoptar estas medidas es necesario que aparte de cumplirse los requisitos del artículo 1 de la citada ley, es decir, que se trata de un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, entre los cuales existe o ha existido una relación conyugal o análoga de afectividad sin necesidad de convivencia, existan indicios fundados de que se ha cometido un delito de violencia de género y que dé lugar a un proceso de carácter penal, es decir, que los hechos sean constitutivos de delito.

El juez o tribunal competente para adoptar dichas medidas será el que esté conociendo del asunto en el momento en el que se adopten. Hay que señalar que una de las novedades de esta ley fue la creación de un juzgado de violencia sobre la mujer, materia que se analiza en el capítulo siguiente del trabajo; cabe adelantar aquí que este órgano será competente objetivamente para conocer de los procesos en materia de violencia de género. La competencia territorial la tiene el juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima. Esto supone, como sabemos, una excepción a la

[474] MORENO CATENA, V. *Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos en Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género*, Óp. cit., pág. 343.

competencia territorial general que considera que el juez competente territorialmente para conocer de un delito es el del lugar de comisión del hecho delictivo. La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado señala que el motivo por el que se aplica esta excepción es fruto del principio de protección integral de la mujer, ya que la finalidad de la ley es allanar el camino a la denuncia o a la solicitud de las medidas por parte de quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley, acercando a la víctima la Administración de justicia. Ha de señalarse que por domicilio de la victima entendemos que es el de la residencia habitual, en base al artículo 40 del Código Civil.

Las personas legitimadas para instar las medidas de protección en los procesos relacionados con la violencia de género, tal como señala el artículo 61.2 de la LVIG, es el juez competente, de oficio o a instancias de parte, de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida deberán de pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento. Como se puede observar, se trata de una amplia legitimación activa, dotando a personas que de modo inmediato puedan percibir la situación de peligro en que se puede encontrar la víctima por una posible agresión en el futuro. Sin embargo, una de las cosas que llama la atención es cómo se le permite a las Administraciones de asistencia a las víctimas poner en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal, los hechos pero no se les permite instar directamente la orden de protección.

Ahora bien, la Ley no indica en el citado precepto si el juez de oficio o sin necesidad de petición por parte de las personas legitimadas para adoptar las medidas puede fijar las medidas de protección, estableciendo en el precepto la obligación de pronunciarse sobre su pertinencia. Es decir, se le exige al órgano jurisdiccional competente en los procesos de violencia de género pronunciarse caso por caso sobre la necesidad de adoptar o no alguna de las medidas, una vez que se ha valorado la situación de riesgo, pero con independencia de que haya existido o no petición de la medida por parte de la persona que está legitimada para ello. Por lo tanto, consideramos que se trata de una petición de

las medidas de oficio, como señala Aragoneses Martínez, que establece que la Ley, al señalar que el juez debe pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción, está admitiendo que el juez puede adoptar esta medida de protección sin necesidad de que lo inste la parte legitimada para ello[475].

El artículo 68 de la LVIG establece cómo deben adoptarse las medidas de protección así como las garantías procedimentales para adoptar las medidas, estableciendo que las mismas se tienen que adoptar mediante un auto motivado en el que se aprecie la proporcionalidad y necesidad, y en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y con respeto a los principios de contradicción, audiencia y defensa. Se trata de que se adopte una medida que cumpla con el fin pretendido, además de que responda a la necesidad de la medida, es decir, que sea necesaria la medida teniendo en cuenta los hechos y con la finalidad de obtener un fin lícito. A esto hay que añadir además que la medida que se adopte sea la menos gravosa entre las posibles que existen para aplicar al sujeto y que cumplan con los mismos fines y que sea una media que no sea excesiva para el sujeto que la soporta. Por lo tanto, todos estos elementos deberán de ser elaborados por el juez a la hora de adoptar la medida, eligiendo, tras dicho análisis entre la medida más adecuada para el sujeto que la soporta[476]. Merece especial atención señalar cómo la Ley solo exige oír a la víctima, a la persona solicitante de la medida, al Ministerio Fiscal y demás partes personales, y no contempla la celebración de una comparecencia conjunta. Sin embargo, siguiendo a la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, es posible adoptar estas medidas in *audita parte* si el interés de la víctima lo exige, si bien es cierto que, tan pronto como sea posible, se tiene que dar audiencia al agresor y que éste pueda oponerse a la misma y ejercitar su derecho de defensa de forma que queden garantizados los principios procesales[477].

---

[475] MORENO CATENA, V. "Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género", en *Tutela penal y tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Óp. cit., pág. 172.

[476] *Ibídem*, pág. 338

[477] STC 70/2005, de 4 de abril, Fundamento Jurídico 2. Véase la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección europea.

La intervención del Ministerio Fiscal debe ser de obligado cumplimiento; sin embargo, tal como ocurre en los casos de adoptar la medida cuando el interés de la víctima lo exija sin audiencia de la persona que lo tiene que soportar, se podrá también adoptarla sin necesidad de intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esto se entiende que se trata de casos excepcionales y, siguiendo a Moral Moru[478], ha de existir una intervención en el proceso anterior referida a las medidas adoptadas, ya que debido a los bienes jurídicos en juego, así como la necesidad de garantizar los derechos de las personas, es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

Como hemos dicho anteriormente, la medida se tiene que adoptar en forma de auto, de manera motivada; ahora bien, la Ley no dice nada respecto a la forma de adoptar unas medidas penales y civiles, es decir, si de forma conjunta o de manera separada, lo cual nos lleva a entender que se pueden adoptar de las dos maneras, aunque la mayoría de la doctrina, señala que debido a la diferencia de la materia, así como al contenido de la resolución, las mismas se adoptarán de manera separada[479].

En lo que respecta a la duración de las medidas de protección, la Ley no señala el plazo de las mismas, dejándolo a discreción del órgano jurisdiccional. En el artículo 69 de la citada Ley si establece un plazo máximo, que será hasta la sentencia firme, ya que, como señala Moral Moru, lo que se pretende con ello es que las medidas no se conviertan en definitivas.

Vamos ahora a realizar un breve análisis de las medidas con las que contamos:

- *La orden de protección.* Se trata de una medida que para Aragoneses Martínez no es tanto una medida de protección en sí misma como un instrumento que sirve como

[478] MORAL MORU, M. J. "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral contra la violencia de género", *Revista jurídica de Castilla y León,* Valladolid, 2008, pág. 30.
[479] MORENO CATENA, V. "Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos", en *Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género,* Óp. cit., pág. 342, FERRER GARCÍA, A. "Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral en Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género", *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 2005, pág. 298.

continente de medida de protección de carácter penal y/o civil[480]. Se encuentra regulada en el artículo 62 de la LVIG. Dado que se trata de una orden que puede ser impuesta para proteger a las víctimas de violencia doméstica y de género, hay que señalar que cuando se trata del primer caso será competente para adoptarla el juez de instrucción, mientras que en el caso segundo será el juez de guardia o juez de violencia sobre la mujer.

- *La protección de datos personales y limitaciones a la publicidad.* Viene regulada en el artículo 63 de la LVIG, con el fin de proteger el derecho a la intimidad, no solo en relación a los datos personales, sino en materia de la publicidad procesal en general. Siguiendo a Moral Moru, el legislador con estas medidas pretende evitar la victimización secundaria superponiendo el interés de la víctima a cualquier otro. El apartado primero del citado precepto establece que en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas, de tal forma que se trata de impedir al investigado que llegue a conocer los datos personales, el paradero de la víctima, y que, como señala Ferrer García, es difícil conseguirlo si los datos personales constan en el expediente judicial[481]. Así, el Juez debe de hacer todo lo posible para que esos datos no consten en las diligencias. Por ello mismo, si la víctima debida a la situación de violencia de género se ve obligada a abandonar el domicilio familiar, se podrá establecer un domicilio a efectos de notificaciones que no sea el lugar donde está su residencia. Esta medida no podrá adoptarse con la medida de prohibición de aproximarse a ciertos lugares, ya que, como señala Moral Moru, al determinarse estos lugares el agresor conocerá entonces el paradero de la víctima[482].

El segundo párrafo del artículo 63 de la Ley proporciona una mayor tutela al principio de intimidad de las víctimas, y atribuye al juez de violencia sobre la mujer la posibilidad de acordar, ya sea de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que todas las actuaciones que se realicen sean ha

[480] ARAGONESES MARTÍNEZ, S. "Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género", en *Tutela penal y tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Óp. cit., págs. 172-173.
[481] FERRER GARCÍA, A. "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 4, Madrid, 2005, pág. 300.
[482] MORAL MORU, M. J. *Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral contra la violencia de género*, Óp. cit., pág. 151

reservadas. Así pues, aunque en los procesos penales la norma general es que el proceso sea público, sí que es cierto que esta norma admite excepciones. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Convenio europeo de derechos humanos y políticos prevén excepciones por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o cuando en circunstancias especiales la publicidad pueda ser perjudicial para los intereses de la justicia. Aragoneses Martínez señala que estas medidas de limitaciones a la publicidad pueden extenderse a todo el proceso o a parte de él.

- *Salida del domicilio,* se trata de una medida de protección que aunque no aparecía recogida en el artículo 544 bis de la LECrm de forma expresa se entendía implícita en la medida de prohibición de acercamiento a la víctima o la residencia en un determinado lugar. La Fiscalía General del Estado señala en la Circular 4/2005 que se trata de una medida cuya inclusión en la ley es positiva, ya que resultaría ilógico que la victima, además de padecer la agresión, tuviera que abandonar su domicilio para protegerse de otras agresiones y mantener su denuncia. Esta medida se puede adoptar en los casos de violencia de género, pero no doméstica. Esta medida consiste en que el agresor abandone el domicilio aunque lo haga también la víctima, y si esta persona no quiere, habrá que proceder a obligarle por la fuerza a través de lanzamiento ejecutivo.

- *Alejamiento,* medida contemplada en el artículo 64.3 de la Ley que permite prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que impide de esta manera acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro que pueda ser frecuentado por ella. Para garantizar que esta medida se cumpla se utilizarán instrumentos electrónicos, como GPS, pulseras electrónicas, etcétera. El objetivo es mantener al agresor localizado y comprobar si cumple o no con la medida[483]. El juez fijará la distancia mínima que debe existir entre el inculpado y la persona protegida, incurriendo el autor en responsabilidad penal si se incumple. Si bien es cierto que el precepto no señala un cálculo para

[483] NIEVA FENOLL, J. "Las pulseras telemáticas: su aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal", *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, Madrid, 2005, pág. 208.

establecer la distancia, sin embargo, el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia de género y domestica señala que la distancia aconsejable es la necesaria para establecer un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida respuesta policial y evitar la confrontación visual entre ambos sujetos, que como mínimo tiene que ser de 500 metros[484].

- *Suspensión de las comunicaciones.* Con esta medida se pretende que el juez pueda prohibir al inculpado toda clase de comunicación con las personas que se indican. Se habla aquí de toda comunicación, lo cual, a nuestro parecer, no tiene por qué ser una comunicación verbal, escrita o visual, sino que afectará también a las comunicaciones informáticas o telemáticas. Tampoco la ley dice nada en torno a qué personas son con las que no se puede comunicar el sujeto, de tal forma que será el órgano jurisdiccional el que lo determine, lo cual no tiene por qué ser, a nuestro parecer, sólamente la víctima con la que no se comunice el inculpado, sino familiares o los hijos. Para Gómez Colomer, esta medida permite que se la pueda dar a la víctima teléfonos especiales[485].

- *Suspensión de la patria potestad o custodia de menores.* Se trata de la primera medida judicial de protección de las víctimas de violencia de género de carácter civil que viene regulada en el artículo 65 de la Ley, y que permite al juez suspender la patria potestad o la guarda y custodia de los menores. Es una medida que se pensó para aquellos casos donde los padres compartan la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos menores. No se trata de una absoluta privación de tales derechos, ya que para que esto fuera así sería necesario que se tratara de un hecho delictivo sobre el que hubiera recaído sentencia penal firme.

- *Régimen de visitas*. Medida regulada en el artículo 66 de la Ley que permite al juez suspender las visitas al agresor respecto a sus descendientes. Se trata de una suspensión provisional, tal como ocurre en el caso anterior. La Circular de la Fiscalía

[484] ORTEGA CALDERÓN, J. "Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre", *La Ley*, núm. 6349, Madrid, 2005, págs.4 y 5.
[485] GÓMEZ COLOMER, J. L. *Violencia de Género y Proceso*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 229.

General del Estado 4/2004 señala que esta medida no puede revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática, sino que ha de ser reservada para casos graves o esenciales, ya que, de hecho, así consideramos, a veces la relación del agresor con los hijos es buena y es en el momento en el que cuando se rompen estas visitas se produce un quebrantamiento de las relaciones que pueden perjudicar a los menores.[486]

- *Suspensión del derecho de tenencia y porte de armas.* La LVIG recoge que estas medidas se aplicaran a conductas constitutivas de delito y con ello se pretende evitar el riesgo que supone el hecho de que el agresor tenga a su disposición armas que pueden poner en peligro a la víctima.

En definitiva, como hemos visto, con la LVIG se ha creado una serie de mecanismos que permiten dar una mayor protección y seguridad a las víctimas de la violencia de género, valorando estas herramientas como algo positivo al suponer un avance dentro de la política legislativa dirigida a proteger a las víctimas de violencia de género. Así, con la orden de protección, permite prevenir situaciones de riesgo junto con la medida de prohibición de tenencia y porte de armas. La medida de protección de datos trata de evitar aquellos fenómenos de victimización secundaria anteponiendo el interés de la víctima a cualquier otro. La regulación de otras medidas permite reforzar la posición de las víctimas para garantizar una separación física entre la víctima y el agresor, como es el caso de la salida del domicilio, alejamiento o suspensión de comunicaciones. Así, con las medidas de privación de patria potestad o de suspensión de régimen de comunicaciones y visitas permite dotar de un amplio abanico de protección a potenciales víctimas como son los hijos del agresor, teniendo que valorar, como hemos dicho antes, todas las circunstancias para que la medida no sea adoptada de forma automática, ya que la misma, a nuestro parecer, puede tener un efecto negativo, como es el que, aunque exista una agresión a la madre, la relación del padre con los hijos sea buena, por lo que suspender las visitas a los hijos puede tener, tal como apuntábamos anteriormente, un efecto perjudicial para ellos.

[486] *Ibídem*, pág. 230.

Vamos ahora a proceder a realizar un análisis sobre la declaración de la víctima de violencia de género, especialmente en aquellos supuestos donde la víctima se encuentra sóla, sin testigos.

4.3.9. La declaración de la víctima de violencia de género

Los delitos de violencia de género y los de violencia doméstica se cometen habitualmente en el ámbito familiar, ajenos a todo tipo de prueba que corroboren la realidad de los hechos, fuera de lo que es la propia declaración de la víctima. Por esto mismo, con el fin de facilitar una actividad probatoria dentro del proceso penal, la jurisprudencia otorga un valor de prueba de cargo en la declaración de la víctima suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que cumpla con unos requisitos que el Tribunal Supremo establece. Así, señala este Tribunal que la valoración de la declaración de la víctima tiene que ser realizada por el Tribunal juzgador teniendo en cuenta una serie de elementos valorativos que le permitan determinar la veracidad de la declaración[487]:

a. Ausencia de incredibilidad subjetiva que se derive de una serie de características o circunstancias personales. Aquí, el Tribunal Supremo dice que son dos los puntos a tener en cuenta: por un lado, las características físicas o psíquicas en las que habrá que tener en cuenta el grado de desarrollo de la víctima y su madurez, ya que no es lo mismo que la declaración la realice un menor de edad que una persona mayor de edad, y por otro lado la inexistencia de móviles ilegítimos de la víctima.

b. Verosimilitud del testimonio, es decir, siguiendo las líneas del Tribunal Supremo, supone que la declaración tiene que ser lógica y debe de poder existir corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso.

c. Persistencia en la incriminación, la cual debe ser mantenida durante todo el proceso, no puede existir inexactitudes ni contradicciones durante las declaraciones que realiza la víctima a lo largo del proceso, así como tener en cuenta la concreción en la

[487] STS 238/2011, de 21 de marzo, Fundamento Jurídico 2.

declaración que ha de realizarse sin ambigüedades, vaguedades o generalidades. También habrá que tener en cuenta la coherencia o ausencia de contradicciones manteniendo durante todo el relato una conexión lógica[488].

De esta forma, el órgano sentenciador debe partir de que los hechos suceden en el ámbito privado, sin testigos, por un lado, y de la realidad social del tiempo en que se deben aplicar las normas, en cuyo caso se obliga a interpretar en base a una serie de principios sociales o, dicho de otra manera, de una realidad social que demanda una respuesta ante un problema como es la violencia de género o violencia doméstica. Así, la declaración de la víctima es esencial en el proceso penal para acreditar los hechos que se dieron, ya que sin la misma se podría proceder a una absolución del acusado y con ello a una desprotección total de la víctima, porque a veces las pruebas médicas no son suficientes o incluso son inexistentes. El órgano sentenciador deberá además de distinguir según la víctima y el agresor estén casados o bien mantengan una relación análoga de afectividad. Si estamos ante un caso de matrimonio, si se ha producido una demanda de divorcio y, por ende, se está en trámite del mismo, o si por el contrario, no se ha producido una separación o inicio de ruptura del vínculo matrimonial. En las relaciones no conyugales habrá de recoger la fecha del inicio del noviazgo. En ambos tipos de relaciones es importante destacar si existen o no hijos comunes y si éstos son o no menores de edad.

En lo que se refiere a la prueba de la declaración de los testigos, la Audiencia Provincial de Madrid señaló que la prueba testifical que sirve para sustentar una acusación y obtener una sentencia condenatoria se produce en aquellos casos donde no se ha podido hacer constar con un testimonio directo, y esta situación podría concurrir al "ampararse la víctima en el derecho a la dispensa de declarar contra su compañero sentimental", por lo que en este caso habrá que proceder a realizar una valoración de esa prueba testifical unida a otras pruebas que son suficientes, valorándolo por el órgano sentenciador, para incriminar al acusado[489]. El órgano además deberá de tener en cuenta e indagar si la víctima no declara por miedo o coacción, ya sea por parte del investigado

[488] STS 678/2019, de 06 de marzo, Fundamento Jurídico 2.
[489] AP de Madrid 103/2009, Fundamento Jurídico 1.

o de su familia, o tercero. El hecho de que la víctima no declare en un primer momento no impide que posteriormente, si se produce de nuevo un hecho violento, pueda interponerse de nuevo una denuncia. Es importante que los órganos judiciales valoren si existen denuncias anteriores que no condujeron a una sentencia condenatoria por la negativa a declarar de la mujer, y, por ende, investigar las causas que han llevado a la víctima a tal situación. Hay que tener en cuenta que, al tratarse de un delito público, es posible que el Ministerio Fiscal inicie acusación contra el investigado si existen otros elementos de prueba que permitan mantener la acusación contra él[490].

La Fiscalía General del Estado recoge el número de retiradas de la acusación debidas a que la víctima de violencia de género se acoja al derecho a la dispensa en el acto plenario del juicio oral. En el año 2008 la Fiscalía recogió en su Memoria que el 44 por ciento de las retiradas de acusación eran de las víctimas de violencia de género siendo el 2014 uno de los años en los que más se acogieron las víctimas a este derecho de dispensa[491]. Así pues, es muy difícil proteger a la víctima de violencia de género en los casos de dispensa de la declaración, algo que ha puesto en duda el contenido del artículo 416 de la LECrm y la necesidad de una posible reforma.

El citado precepto lo que recoge es que hay ciertas personas que están dispensadas de la obligación de declarar. Siguiendo a Alcalá-Flores, se justifica esta dispensa en el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio, basándose en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el investigado, es decir, en la protección de las relaciones familiares que la Constitución Española recoge en el artículo 39, y en el derecho a proteger la intimidad de la familia, artículo 18 de la Constitución Española[492]. Así pues, con esta dispensa se resuelve el conflicto que puede existir entre el decir la verdad y ese vínculo familiar que le une con el procesado, lo cual, la jurisprudencia es unánime en señalar que con esta dispensa se resuelve tal colisión[493], no

[490] Grupo de expertos y expertas del Consejo General del Poder Judicial, en *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género*, Madrid, 2018, pág. 19.
[490] STS 678/2019, de 6 de marzo, Fundamento Jurídico 3.
[491] Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2014.
[492] ALCALÁ FLORES, R. "La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2008, pág. 3.
[493] STS 134/2007, de 22 de Febrero, Fundamento Jurídico 2.

siendo por lo tanto la finalidad de dicho precepto la de proteger al investigado dentro de un proceso[494] sino la de proteger al testigo pariente "en situación de conflicto entre la obligación de declarar y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo", considerando el Tribunal Supremo que no se puede someter a las personas cercanas al acusado a la tesitura de declarar e ir en contra de éste, y viéndose en la posición de mentir incurriendo en falso testimonio con la única finalidad, a nuestro juicio, de mantener las protección dentro de las relaciones familiares. De hecho, es la causa ésta también por la que el testigo pariente del sujeto quedaría exento de un delito de encubrimiento[495].

Este derecho de dispensa presenta un problema en lo que al ámbito de aplicación se refiere, como es el caso de las parejas de hecho o personas unidas en análoga relación matrimonial, ya que el 416 de la LECrm no señala que éstas personas estén dispensadas de dicha obligación. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que estas parejas ligadas por análoga relación de afectividad de forma estable se deben equiparar a los matrimonios[496]. Ahora bien, si la relación sentimental ha cesado, el Tribunal Supremo señala que no ampara a los mismos en la obligación de dispensa, ya que no existiría el vínculo familiar con el acusado que justifique una exención de la obligación de declaración del testigo.

Así pues, tales criterios de la jurisprudencia llevan a plantear que la utilización del derecho de dispensa que la LECRm otorga se aplicará a las relaciones conyugales pero también a las personas que estén en relación análoga o las parejas de hecho, ya que se ha equiparado a los supuestos de la agravante mixta de parentesco, a los delitos de violencia doméstica y al encubrimiento entre parientes.

Vistas las consecuencias que presenta la dispensa de declaración recogida en el artículo 416 de la LECRm, cuando la testigo es la víctima del delito se puede llegar a

[494] AP de Madrid, 13/2009, Fundamento Jurídico 3.
[495] STS 292/2009, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 3 y STS 319/2009, de 23 de marzo, Fundamento Jurídico 1.
[496] STS 134/2007, de 22 de febrero, Fundamento Jurídico 2.

afirmar que existe una necesidad de modificar dicho precepto, y así lo apuntaba el Observatorio Estatal de Violencia[497] sobre la mujer o la Fiscalía General del Estado[498], entre otros. Así pues, se ha señalado por parte del Observatorio que el fundamento de la dispensa es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta contra sus bienes jurídicos, esto es, para los testigos que no son víctimas y no han sufrido la agresión a manos de sus esposos o parejas. En este sentido el Consejo General del Poder judicial señalaba que esta dispensa no alcanza a las victimas perjudicadas por los delitos cometidos frente a ellos; así lo apoyaba también la Fiscalía General del Estado, haciendo énfasis de modificar tal precepto y suprimir la excusa en caso de las víctimas de los delitos.

Magro Servet ha afirmado que la dispensa no puede ser aplicada a los delitos de violencia de género, ya que no se puede equiparar la víctima al testigo que el precepto señalado recoge proponiendo una reforma, de la cual nosotros también somos partícipes, ya que consideramos que no se estaría protegiendo a las víctimas de la violencia de género. De hecho, nuestra legislación dispensa mucho en lo que a otras legislaciones se recoge, reconociendo el derecho de dispensa salvo en aquellos casos donde los beneficiarios de la misma han interpuesto querella o denuncia por los hechos contra el acusado o en aquellos delitos de violencia de género o familiar donde el testigo es la víctima del delito; véase como ejemplo el caso de Italia o Francia. Por ello mismo consideramos que es necesaria una reforma urgente, de forma que no existan obstáculos que impidan al juzgador proteger a las víctimas de los delitos de violencia de género o doméstica, de tal forma que la víctima, una vez informada del derecho a no declarar contra su agresor en sede judicial, permitiendo en este momento que pueda decidir si conserva la libertad de no decir la verdad por mantener sus vínculos familiares, decida declarar o no, pero que si declara no se podría acoger posteriormente a una dispensa de declaración.

[497] Informe de 28 de junio de 2007 del Observatorio estatal de Violencia Sobre la Mujer.
[498] Véase Memoria de la Fiscalía 2008, vol. I.

4.3.10. Derechos de las víctimas de violencia de género

El Capítulo Primero del Título II de la LVIG recoge los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, y lleva por título "Derecho a la información, asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita".

Estos derechos son inherentes a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición personal o social, y contribuyen a hacer efectivos los derechos constitucionales a la integridad física, moral, seguridad, igualdad y la no discriminación.

a. El derecho de información

En lo que respecta al derecho a la información, según el artículo 18 de la citada Ley se recoge que la información que deben recibir las mujeres víctimas de violencia de género ha de ser plena, así como obtener un asesoramiento adecuado a su situación personal. La información que reciban debe comprender las medidas en materia de ayudas públicas de las que disponen, así como informar acerca del lugar donde se las presta servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral. Toda esta información deberá estar en un formato adecuado, accesible, y comprensible para las personas con discapacidad.

El Estatuto de la Víctima ha ido un paso más allá, de tal forma que se recoge que la persona victimizada tiene derecho a entender y ser entendida en todas las actuaciones desde el momento de la interposición de la denuncia; por ello, el lenguaje debe de ser sencillo y accesible, de un modo que se tenga en cuenta las características personales y las necesidades de las personas con discapacidad.

En el caso de las víctimas menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente, las comunicaciones se realizan a su representante o persona que la asista.

Además, la víctima puede estar acompañada en todo momento por una persona que elija de su confianza[499].

Para poder dar esta información como señala el legislador, las autoridades y funcionarios púbicos tendrán que adaptar su lenguaje atendiendo a las características personales, culturales y comunicativas de las víctimas.

b. El derecho de asistencia social integral

A través de esta asistencia se intenta que las mujeres víctimas de violencia de género puedan conocer los servicios a los que pueden dirigirse para recabar la asistencia material, médica, psicológica y social y con el fin de obtener recursos de alojamiento, ya sea de emergencia, acogida temporal, centros tutelados. La finalidad es conseguir que reciban el apoyo psicosocial durante toda su recuperación[500].

c. El derecho de asistencia jurídica gratuita

Se trata de un derecho que se aplica a todas las víctimas de violencia de género con independencia de la capacidad económica que ostenten. Contempla el derecho de asistencia y representación por abogado y procurador. Este derecho es transmitido a los herederos de la mujer víctima en caso de que ésta fallezca.

A modo de conclusión podemos señalar que informar, educar y conocer son factores que permiten poner en conocimiento de las mujeres los recursos a su alcance para poder salir de una situación de violencia, pero también sirven para poder reeducar a la sociedad y acabar con esta lacra social. Con los derechos que se recogen en la LVIG, se posibilita que las mujeres víctimas de violencia de género puedan conocer los recursos de los que disponen, las ayuda también a denunciar, y especialmente a conocer que ellas no están solas. El desconocimiento genera indefensión, en otras palabras, el desconocimiento de los medios, mecanismos que pueden utilizar las mujeres para

[499] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.
[500] YUGUEROS GARCÍA, A. "Intervención de mujeres víctimas de violencia de género; educar e informar para prevenir", *Revista de historia de la educación latinoamericana*, núm. 24, Boyacá, 2015, pág. 193.

defenderse de una situación tan desgarradora como es la violencia de género, en la que se encuentran sumidas, permite que puedan defenderse.

4.4. Consideraciones últimas

En este capítulo hemos podido proponer un concepto de violencia de género, instaurado en España desde la entrada en vigor de la LVIG. Sin embargo, antes de la entrada en vigor de la citada Ley, los operadores jurídicos internacionales ya habían plasmado un concepto de violencia hacia la mujer que poco tiene que ver con el que el legislador español presenta. Así pues, mientras que el legislador español considera que la violencia de género solo se presenta en las relaciones sentimentales presentes o pasadas mantenidas por un hombre a una mujer, los operadores jurídicos internacionales consideran que la violencia de género es mucho más amplia, considerándose aquélla que realiza un hombre a una mujer fuera del contexto sentimental. Esto ha sido objeto de debate, tal como hemos visto, por parte de la doctrina, existiendo autores que señalan la necesidad de adaptar el concepto de violencia de género a los textos internacionales, mientras que otras posiciones mantienen el espíritu del legislador. Nosotros tendemos a considerar que el concepto de violencia de género no cumple con la finalidad y objetivos que presenta, principalmente, el Convenio de Estambul. Debemos tener en cuenta que, además, la violencia de género no tiene por qué producirse dentro de una relación sentimental, sino que la misma está presente en otros contextos, por ejemplo, en el ámbito laboral. Un trato discriminatorio, fruto de una situación de superioridad y de desigualdades que se arrastra de generación en generación, no tiene por qué ser manifestada por parte del hombre en el contexto de ciertas relaciones.

A pesar de que el concepto de violencia de género que alberga la LVIG no es pacífico, lo que sí es algo unánime es que la Ley ha supuesto un cambio relevante dentro de la sociedad española, destacando de la misma la necesidad de que para que exista dicha violencia no sólo es relevante el sexo del sujeto activo y pasivo, sino además las connotaciones adjetivas que deben de darse; en otras palabras, no sólo es relevante que la violencia se dé por parte de un hombre hacia una mujer dentro de las relaciones sentimentales presentes o pasadas, sino además que sea como manifestación de una

situación de desigualdad, discriminación o de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer. Como se puede observar, las agresiones que se producen dentro de las relaciones sentimentales de parejas homosexuales quedan fuera de la misma, algo que, aunque se analiza más detenidamente en otro capítulo, no consideramos que sea correcto, ya no por no denominarlo como violencia de género, sino porque no se contemple tales situaciones, ya que las agresiones en dicho contexto se producen en el momento en el que uno de los integrantes de la pareja adopta un rol frente al otro. En las relaciones homosexuales integradas por dos hombres, en el momento en el que uno de ellos adopta el rol femenino, la violencia de género puede producirse por parte del otro sujeto. En las parejas homosexuales protagonizadas por dos mujeres ocurre lo mismo cuando una de ellas tiene un rol femenino.

Sin embargo, en las relaciones entre transexuales, donde se ha producido un cambio de sexo legal y así queda identificado en el documento de identidad y en el Registro Civil, sí se reconoce que existe violencia de género. Po su parte, consideramos que estaríamos en la misma situación, no creemos que tenga que producirse un cambio de sexo para que la violencia de género se manifieste, dado que el sujeto sigue siendo el mismo, al igual que sus pensamientos y forma de ser. Aún así, consideramos que, manteniendo el concepto de violencia de género solo para las relaciones sentimentales de parejas heterosexuales donde la agresión la produce un hombre hacia una mujer, es necesario dos cosas: que las parejas homosexuales y transexuales se equiparen, en relación a la violencia de género, y que si a unas no se las considera como tales, tampoco sean consideradas las otras, y por otro lado, que aún denominándose violencia doméstica, se adopten las mismas medidas de protección que para la violencia de género.

Hemos realizado también un estudio, dentro de este capítulo, de los tipos penales a aplicar a la violencia de género, y se ha resaltado que las agravaciones que la ley orgánica ha realizado han sido para los delitos leves, quedando intactos los delitos graves, cuestión que ha sido debatida por la doctrina, como hemos visto, pero que a nuestro parecer consideramos que al introducirse la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal queda totalmente resuelta, pues, aunque un delito grave

como el asesinato no contemple la agravación de la violencia de género, con la aplicación de dicha agravante se mantiene el espíritu de la ley. De esta forma podemos señalar que la violencia de género se encuentra latente a lo largo de todo el articulado del Código Penal, ya sea como un delito propio o bien como subtipo agravado o incluso por una agravación genérica, como es la circunstancia agravante por razón de género.

Tras el análisis de los tipos penales nos hemos centrado en el problema de las agresiones mutuas, cuestión que también ha generado polémica con la entrada en vigor de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, y cuya resolución no es aceptada por nosotros, pues siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se impone penas distintas para ambos sujetos, algo que viola claramente el Derecho fundamental a la Igualdad. Hay que ser conscientes y partir de que la violencia de género no opera de forma automática, no tiene por qué existir violencia de género simplemente porque la agresión proceda de un hombre hacia una mujer. Por ello mismo, si estamos ante un caso en el que la mujer agrede primero al hombre, valorando las circunstancias del hecho, no tiene por qué ser castigado el hombre como autor de un delito de violencia de género y la mujer como violencia doméstica, ya que si existe proporcionalidad en la respuesta del hombre ante una agresión de la mujer podríamos estar perfectamente ante un caso de legítima defensa quedando el hombre impune. Aquí sí es importante la labor del órgano sentenciador, el cual tendrá que valorar si ha habido legítima defensa, teniendo en cuenta quién inició la agresión. Y aún considerando que el hombre no ha actuado en legítima defensa, tampoco tiene que aplicarse automáticamente un delito de violencia de género, dado que cualquier persona ante un ataque suele defenderse y por ello no se tienen por qué poner en marcha las connotaciones de la violencia de género, es decir, discriminación, desigualdad y relaciones de poder.

También se ha realizado un análisis de la declaración de la víctima y del derecho de dispensa que ésta ostenta considerándose por parte de la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia, así como manifestando nuestro apoyo, que la mujer víctima de violencia de género no debería de usar el derecho de dispensa puesto que, en la mayoría de los casos, lo único que permite este derecho de dispensa es que una vez interpuesta la

denuncia la mujer proceda a retirarla, quedando el autor de un delito de violencia de género impune por falta de pruebas. Así creemos que al inicio del proceso se la informe de no declarar contra su agresor, pero si manifiesta hacerlo, entonces que no pueda usar del derecho de dispensa posteriormente.

En definitiva, tras el análisis de la Ley integral, podemos concluir que la misma se dirige a combatir la violencia de los hombres contra las mujeres con el fin de acabar con esta lacra social que ha venido acechando a la sociedad desde hace siglos. Así, con esta Ley, aunque hay aspectos que hay que ajustar y mejorar, se ha producido un punto de inflexión en este tema.

PARTE III. Incidencia de la violencia de género en España

CAPÍTULO 5: Cambios producidos por la violencia de género en España

5.1. Introducción

Durante siglos la violencia en el seno de la familia, y más concretamente la violencia de género, se ha ejercido sin ningún tipo de reacción por parte del Estado, algo que ya hemos afirmado en otro momento de este trabajo. La necesidad de mentalizar a la sociedad y al Estado de la importancia de defender la igualdad entre los sexos y defender los derechos fundamentales de las personas, con el fin de atajar aquellas conductas intolerables heredadas de generaciones futuras, como es el caso de la falta de consideración de la mujer en el mundo laboral, la discriminación salarial que ha venido sufriendo las mujeres durante siglos así como las conductas violentas sufridas, entre otras, ha hecho que se adopte un completo elenco de medidas favorecedoras para integrar a la mujer en la sociedad y acabar con la desigualdad entre sexos. Para ello se han producido diferentes reformas legislativas que han nacido con el fin de que no sólo intervenga la actuación penal, sino una intervención general de los poderes públicos.

Cabe destacar ciertas reformas legislativas, que aunque se han visto con anterioridad vamos a sintetizar, y que han dado lugar a un cambio social y un cambio en las actuaciones de los poderes públicos;

- La Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección para las víctimas de violencia domestica. En ella se justificaba las reformas que introducía en la exigencia de una respuesta global y coordinada por parte de los poderes públicos frente a un grave problema de la sociedad como es la violencia ejercida en el entorno familiar, y en particular la violencia de género[501].

[501] Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

- Tenemos también la Ley 30/2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, fruto de la la transversalidad "*Mainstreaming*" como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias[502].

- La Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, así como la LVIG, son las leyes que producen un cambio radical en el Derecho moderno, imponiendo una nueva forma de interpretar y aplicar las normas eliminando todos los prejuicios y estereotipos para conseguir una tutela plena y efectividad de los derechos de todas las personas.

Así pues, la LVIG reclama erradicar la violencia de género y es la que pone el punto de inflexión en los cambios que hacen referencia a la tutela penal y judicial, así como la creación de órganos especializados como son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con competencias penales y civiles. Es necesario con todos estos cambios que se eliminen aquellos estereotipos aprendidos en el proceso de socialización y que aproximen a los operadores jurídicos al fenómeno de la violencia de género.

Vamos a empezar viendo uno de los cambios legislativos producidos en el Código Penal, como es la agravante de género, de creación reciente, recogida en el artículo 22.4, y que comporta aplicar dicha agravante cuando la conducta delictiva se ha producido por un hombre hacia una mujer; sin embargo, como veremos a continuación, la doctrina no es unánime en lo que respecta a crear esta agravante genérica cuando ya tenemos otra agravante genérica como es la de por razón de sexo.

[502] Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003.

5.2. La circunstancia agravante por razón de género

5.2.1. Introducción

Las circunstancias agravantes, siguiendo a Luzón Cuesta, "son aquellos elementos accidentales del delito, en cuanto no condicionan su existencia, unas veces, y como esenciales, en cuanto calificativos de determinados delitos, otras, que por revelar mayor culpabilidad o antijuridicidad, son tenidos en cuenta al graduar o fijar la pena correspondiente"[503]. Así, nuestro Código Penal contiene ciertas agravantes genéricas recogidas en el artículo 22, además de las agravantes calificativas que vienen a ser elementos del tipo o subtipo agravado[504]. En este apartado del capítulo nos vamos a centrar en la circunstancia agravante de discriminación de género, de reciente creación, introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de marzo por la que se modifica el Código Penal, como respuesta al compromiso por parte de España de cumplir con el Convenio número 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica[505].

Las cuestiones principales que se presentan son: en primer lugar, si la agravante de género tiene o no carácter meramente simbólico, ya que contamos con una agravante creada con anterioridad, que para algunos autores, como veremos, tienen un mismo ámbito de aplicación. Otra cuestión es si dicha agravante se debe aplicar estrictamente a las relaciones sentimentales o se debe extender su ámbito de aplicación a las relaciones en las que entre la víctima y el agresor no exista ningún tipo de relación afectiva. Y por último, si se trata, o no, de una agravante compatible con la agravante por razón de parentesco.

Para responder a estas cuestiones se ha realizado un análisis de la circunstancia agravante por razón de género, posteriormente se ha abordado la circunstancia agravante por razón de sexo, y hemos recogido el ámbito de aplicación de ambas

[503] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp.cit., pág. 125.
[504] *Ibídem*, pág.125.
[505] Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

circunstancias. No obstante, hemos considerado necesario realizar un estudio de la agravante por razón de parentesco para ver si se trata de una circunstancia que permite o no su aplicación junto con la agravante por razón de género.

5.2.2. Fundamento de la circunstancia agravante por razón de género

Ya hemos señalado que la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un cambio importante en lo que respecta al Código Penal, y uno de los preceptos modificados ha sido el artículo 22.4 del Código Penal, introduciendo la agravante por razón de género. El fundamento de esta agravante ha sido el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia de género, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, y ratificado por España y publicado en el BOE el 6 de junio de 2014[506]. Este Convenio se fundamenta en principios básicos del Derecho Humanitario Internacional y reconoce que la violencia hacia las mujeres es fruto de un desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer que ha llevado a una dominación y a la discriminación de la mujer por parte del hombre, privándola de su plena emancipación. La naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación respecto del hombre.

El Convenio aspira a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, y para ello plasma una serie de principios que deberán informar la práctica de los Estados firmantes. Entre estos principios, señalamos el que aquí tiene especial importancia, que es lo que debe de entenderse por género y por violencia contra las mujeres por razón de género, según el artículo 3.F del citado Convenio. Por "género" se deberá de entender los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres y por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda

[506] Este Convenio parte de otros Instrumentos Internacionales como son, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales que se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como sus Protocolos, la Carta Social Europea hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual firmado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada, incluyendo el término "mujer" a menores de 18 años. Así pues, este Convenio ha supuesto también un avance en lo que respecta a la agravante por razón de género, y es por ello por lo que el legislador español ha plasmado en el artículo 22.4 tal circunstancia. Esta agravante genérica se ha visto modificada en otras dos ocasiones: la primera fue con el Código Penal de 1995 [507] y la segunda con la LO 5/2010, de 22 de junio, donde se introdujo como causa discriminatoria la identidad sexual[508].

Cabe destacar cómo la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, señala que es necesario que España se adapte a los Textos Internacionales, lo que ha supuesto la creación de esta agravante genérica. Sin embargo, llama la atención cómo, a pesar de que España pretende cumplir con los compromisos internacionales, nuestra legislación estatal recoge un concepto restringido de la violencia de género, frente al concepto que presentan tanto el Convenio de Estambul como la Declaración Universal de Naciones Unidas.

Nuestra LVIG recoge como violencia de género, en su artículo 1, aquélla "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"[509].

Por su parte, el Convenio de Estambul, considera "violencia hacia la mujer por razón de género" toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Mientras que la Declaración de Naciones Unidas[510] define la violencia contra la mujer como "todo acto de violencia basado en la

[507] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal amplia los supuestos y tipifica en el art. 22.4 la agravante de discriminación.
[508] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal e introduce la discriminación por identidad sexual. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.
[509] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.
[510] Declaración de Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra las mujeres. Resolución 48/104 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993.

pertenencia al género femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada".

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que hay una cierta falta de compromiso real por parte de España con los Textos Internacionales; dada la diferencia conceptual que existe entre la legislación estatal y dichos Textos Internacionales sobre la violencia de género. A nuestro entender, y es algo que venimos reiterando a lo largo de todo el trabajo, el concepto de violencia de género dado en la LVIG no es el más acertado, y esto es así porque delimita la violencia a las relaciones de carácter privado, relaciones sentimentales presentes o pasadas; y, sin embargo, la violencia hacia la mujer por el mero hecho de ser mujer no siempre tiene que proceder de este tipo de relaciones, véase por ejemplo, las amenazas en el ámbito laboral, o las mutilaciones genitales, o el aborto selectivo entre otros. Para Larrauri Pijoan, la definición que nuestra legislación presenta del concepto de violencia de género da lugar a castigar con penas más graves los ataques contra la mujer cuando proceden del sujeto varón hombre, frente a otras violencias que se dan dentro del núcleo familiar hacia mujeres, como pueden ser las hijas, madres o hermanas, y cuya violencia también se da por el hecho de ser mujer[511].

Es decir, estamos de acuerdo en que la violencia que puede sufrir una mujer fruto de una situación de discriminación y de las relaciones de poder que tienen los hombres frente a las mujeres, no tiene por qué producirse en el ámbito estrictamente sentimental; en la actualidad se han dado casos de delitos contra la mujer basados en el género, y que no han sido considerados violencia de género. Por lo tanto, somos completamente partidarios de ampliar el concepto de violencia de género en España, ya que una misma agresión de un hombre a una mujer no tendría por qué cambiar de consideración por el hecho de que haya existido o exista una relación sentimental entre ellos, cuando ambas se han cometido por el género. Esto choca también con la agravante por razón de género, ya que la misma se ha considerado que debe extenderse, como veremos, a las

[511] LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 48.

agresiones que la mujer sufre fuera de una relación sentimental y, sin embargo, la violencia de género solamente se produce dentro de las relaciones sentimentales.

5.2.3. La agravante por razón de género

La agravante por razón de género, ya hemos señalado que fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, como cumplimiento a los compromisos que tiene España para con los Textos Internacionales, en concreto, con el Convenio de Estambul. En la Exposición de Motivos de la citada Ley se puede leer que "en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito", y una de estas modificaciones es la agravante por razón de género.

El soporte de esta agravación reside, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 3035/2019, en el mayor reproche penal que supone "que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a un colectivo de los recogidos en el artículo 22.4º CP, y que se realice como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior" y continúa la Sentencia señalando que "se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo".

En lo que respecta al ámbito de aplicación de los sexos del sujeto activo y pasivo de la agravante, el Tribunal Supremo en un primer momento señaló en la Sentencia nº 420/2018, de 25 de septiembre, que dicha agravante se aplicará "a todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta"[512], es decir, se delimita la agravante por razón de género a las relaciones de pareja presentes, aplicándose también a las relaciones de pareja pasada señalando que "está concebida para mantener una situación de dominación mientras dura la relación de pareja, y, también, fuera de ella en la de ex pareja, a fin de enviar un mensaje a la víctima de que no puede mantener una

[512] STS 420/2018, 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 1.

relación libre al margen de la dominación que ejerció mientras subsistía la relación de pareja para extenderla fuera de ella, perpetuando el ánimo de sentimiento de propiedad del hombre sobre la mujer".

En otras palabras, se consideró que la agravante por razón de género debería de quedar reducida en su ámbito de aplicación a las relaciones sentimentales presentes o pasadas, pero, posteriormente con la Sentencia 565/2018, de 19 de noviembre, del Tribunal Supremo, dicha agravante deberá de ser aplicada a los casos donde "entre la víctima y el agresor no exista relación sentimental" y, en consecuencia, se amplía a la dominación puntual y coyuntural del acto concreto, lo que permite apreciar esta agravante en delitos aislados cuando se evidencia por el hecho mismo ese ánimo de subyugación y dominación del hombre sobre la mujer, al modo de "poner un candado" en ese instante a la víctima haciéndole ver el agresor en ese momento que por la forma de perpetrarse el delito le "pertenece", como ocurre en los ataques a la libertad sexual, que es un ejemplo claro donde se puede apreciar esta agravante fuera de la relación de pareja"[513].

Dicho de otro modo, se trata de una agravante que no concreta su ámbito de aplicación de forma exclusiva a las relaciones sentimentales, sino que permite que se extienda a cualquier ataque a la mujer cuando se ha realizado con una intención de dejar constancia del efecto de dominación por el hecho de que la víctima es una mujer, y cuyo fundamento, según el Tribunal Supremo, se encuentra "en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo […]. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo […], pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer"[514]. Hay que recordar que, además, el reiterado citado Convenio no limita la violencia hacia la mujer por razón de género a las relaciones estrictamente sentimentales, sino aquella violencia que afecta a la mujer de forma desproporcionada, y por ello considera que es necesario aplicar la agravante por razón de género fuera de las relaciones sentimentales.

[513] STS 565/2018, 19 de noviembre, Fundamento Jurídico 6.
[514] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 6.

Sin embargo, este cambio de criterio ha sido criticado; así para Rueda Martín, el ampliar la agravante a las relaciones no meramente sentimentales, entra en contradicción "con la vinculación material existente entre la discriminación por razones de género y la violencia de género, reconocida por el propio legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y por nuestra jurisprudencia. Con arreglo a una interpretación teleológico-sistemática es obligado circunscribir el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género a la violencia ejercida por un hombre sobre su pareja o ex pareja mujer, tal y como se dispone en el artículo 1 de la LVIG". Esta posición no es compartida por nosotros, ya que, siguiendo a Seoane Marín y Olaizola Nogales [515]el hecho de que la agravante por razón de género no se delimite a las relaciones de pareja hace que se siga la línea que el Convenio de Estambul pretende, es decir, no reducir la violencia de género exclusivamente a las relaciones de pareja. Además, no tiene por qué darse una situación de discriminación y de machismo por parte únicamente de un hombre con el que se tiene una relación sentimental, sino que puede darse en cualquier otro ámbito. De tal forma que, de no haberse dado este cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, quedaría fuera dicha agravante para aquellos casos donde la agresión contra la mujer se produce fuera de las relaciones sentimentales, o aquellas agresiones que se dan sobre la mujer en el contexto familiar.

La siguiente cuestión que vamos a tratar es la delimitación de los supuestos de hecho en los que se permite aplicar la agravante por razón de género. Así, respecto a los delitos que permiten la aplicación de la agravante por razón de género, son todos aquellos que, en base al artículo 67 del Código Penal, tal circunstancia no se hubiera tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, así como aquellos delitos cuya circunstancia no fuera inherente al mismo, de tal forma que sin la concurrencia de ella no podría haberse cometido. En otras palabras, no se podrá aplicar a aquellas figuras a la que la LVIG otorgó una agravación por razones de género, esto es, para los subtipos penales agravados de lesiones del artículo 148.4 del Código Penal, los malos tratos no habituales del artículo 153.1 del Código Penal, las amenazas leves del artículo 171.4 del Código

[515] SEOANE MARÍN, J. y OLAIZOLA NOGALES, I. "Análisis de la circunstancia agravante por razón de género (22.4ºCP)", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, Santiago de Compostela, 2019, pág. 485.

Penal y las coacciones leves del artículo 172.2 del Código Penal. Tampoco se podrá aplicar a aquellos casos, como señala Peramato Martín, en los que el tipo penal se recoge, aunque sea de forma implícita, "la discriminación, la desigualdad, o la relación de poder del hombre sobre la mujer"[516].

De esta forma nuestro Alto Tribunal en su Sentencia 99/2019, de 26 de febrero, corrobora tales conclusiones señalando que "el legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, aplicable en relación a aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la LVIG que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en discriminación de la mujer razón de género"[517]. Así pues, tal circunstancia se podrá aplicar en aquellos delitos en los que las figuras tipificadas en el Código Penal poseen una mayor entidad, como señalan Seoane Marín y Olaizola Nogales, y que carecen de figuras específicas, cuando el hecho se dirija hacia una mujer, como son los delitos de homicidio, asesinato, violencia doméstica habitual, libertad e indemnidad sexual, entre otros[518].

Por lo tanto, aplicar la agravante por razón de género a supuestos en los que se contempla tal circunstancia, o se tiene en cuenta para su agravación, supondría no solo una vulneración, como ya hemos señalado, del artículo 66 del Código Penal, sino además una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que estaríamos castigando un hecho con una misma agravación basada en el género dos veces.

---

[516] PERAMATO MARTÍN, T. "Modificaciones en el Código penal, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en materia de Violencia de Género", *Boletín de la Comisión de violencia de género de Jueces para la Democracia*, núm. 2, Madrid, 2016, pág. 19. Véase GARCÍA SEDANO, T. "La circunstancia agravante de género", *La Ley Penal*, núm. 131, Madrid, 2018, pág. 3.

[517] STS 99/2019, de 26 de febrero, Fundamento Jurídico 3.

[518] SEOANE MARÍN, J. y OLAIZOLA NOGALES, I. "Análisis de la circunstancia agravante por razón de género (22.4ºCP)", Óp. cit., pág. 482.

Como hemos visto, se trata de una agravante que presenta bastantes conflictos doctrinales. Uno de los principales conflictos, y que vamos abordar en el apartado siguiente, es si se trata de una agravante necesaria distinta a la agravante por razón de sexo. En opinión de Borja Jiménez, la agravante por razón de género tiene un carácter simbólico, ya que no amplía la protección de los derechos de la mujer "frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua"[519]. En otras palabras, para dicho autor, la agravante por razón de sexo ya daba cobertura a las situaciones que la agravante por razón de género pretende abarcar. En contra de esta posición tenemos a Díaz López, que considera que la agravante por razón de género cubre supuestos delictivos que se cometen por motivos machistas, mientras que la agravante por razón de sexo es aplicable a los delitos en los que existe un motivo misógino. Este autor establece un ejemplo claro: cuando se comete un delito contra una mujer embarazada por parte de un hombre que odia a las mujeres embarazadas, la agravante aplicable sería la agravante por razón de sexo[520]. Por lo tanto, para resolver esta cuestión vamos a pasar a realizar un análisis de la agravante por razón de sexo.

5.2.4. La agravante genérica de discriminación, en particular, por razón de sexo, y sus diferencias con la agravante de género

Antes de pasar a hablar de la agravante por razón de sexo, es necesario destacar que en general la agravante genérica de discriminación ha sido bastante discutida por la doctrina; una buena posición doctrinal consideraba, entre ellos Espinosa Ceballos[521], que no existían razones para que se tuviera que incrementar la pena debido a circunstancias que quedaban dentro del fuero interno del sujeto activo y que, como señala Dopico Gómez-Aller, resulta ilegítimo acceder a ese fuero interno[522]. Sin embargo, otras

[519] VV. AA. *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 119-123.

[520] DÍAZ LÓPEZ, J. y PEÑARANDA RAMOS, E. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Madrid, 2013, págs. 298 y ss.

[521] ESPINOSA CEBALLOS, E. "La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 27, Granada, 2018, pág. 3. Tenemos también como posición en contra BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, pág. 68.

[522] DOPICO GÓME-ALLER, J. "Delitos cometidos por motivos discriminatorios; una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", *ADPCD*, vol. LVII, Madrid, 2004, pág. 153.

posiciones doctrinales han considerado que la circunstancia agravante por discriminación debe aumentar el injusto del hecho; así, por ejemplo, tenemos a Alonso Álamo o a Quintero Olivares[523], quienes además consideran, como Laurenzo Copello que, "la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta a otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado igual que cualquier otro ser humano"[524] . Por su parte, Rueda Martín defiende que es necesario para aplicar esta agravante genérica de discriminación que se realice un móvil discriminatorio, y esto mismo no tiene por qué conducirnos a interpretar los tipos conforme al Derecho Penal de autor, siendo compatible con un Derecho Penal del hecho "porque se castigan hechos concretos realizados por un autor que ha actuado de un determinado modo dada la condición de la víctima, y ello fundamenta tanto una mayor gravedad de lo injusto por el abuso de la posición de dominio que ostenta el agresor como de la culpabilidad por concurrir un móvil discriminatorio hacia la mujer por razón de su sexo, a la que se le atribuye un rol sexual y una inferioridad en cualquier ámbito, incluidas las agresiones de un hombre hacia una mujer en su relación de pareja"[525].

En nuestra opinión, el incremento de la pena de la circunstancia agravante por discriminación se fundamenta en la vulneración del Derecho Fundamental a la Igualdad y deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin elevar la culpabilidad personal del autor, ya que no se trata de analizar la actitud interna del sujeto, sino los elementos objetivos que condicionan, como señala Mir Puig, la atribución del injusto penal a su autor[526].

En lo que respecta a la circunstancia agravante por razón de sexo, conviene definir dos términos principales, "sexo" y "género". El término sexo, siguiendo a Espinosa

---

[523] ALONSO ÁLAMO, M. "La circunstancia agravante de discriminación", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo* por José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 541.

[524] LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación en el Código penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, Santiago de Compostela, 1996, pág. 235.

[525] RUEDA MARTÍN, M. "Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 22, Granada, 2019, pág. 28.

[526] MIR PUIG, S. *Derecho Penal, parte general*, Reppertor, Madrid, 2016, págs. 648-649.

Ceballos, se refiere a la realidad biológica del hombre o de la mujer con independencia de su orientación sexual, mientras que, en base a las definiciones que da el Convenio de Estambul, y que volvemos a reiterar, se considera género como los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidas que una sociedad concreta considera propias de mujeres o de hombres.

Partiendo de estas dos definiciones, la agravante por razón de sexo sería de aplicación tanto cuando el sujeto pasivo es un hombre como cuando el sujeto pasivo es una mujer. El motivo por el que puede ser de aplicación cuando el sujeto pasivo es hombre o mujer es porque lo que se está agravando son los ataques indiscriminados a mujeres u hombres por el hecho de pertenecer a ese sexo, es decir, que se mueva por motivos misóginos[527] o por misandria, es decir, por el odio a la mujer o por el odio a los varones. De hecho, como señala Rueda Martín, se ha propuesto la aplicación de dicha agravante a las agresiones a varones por el hecho de ser varones, por parte de un colectivo feminista[528]. A favor de esta postura tenemos también a Rebollo Vargas, que señala que "si el art. 22.4 del Código Penal no contiene ninguna referencia al género no puede interpretarse que el sexo femenino sea la única condición personal que supone la agravación, de modo que no se aplicará la circunstancia agravante cuando el sujeto pretenda perpetrar unos determinados roles de género, sino cuando actúe motivado por el hecho de pretender causar un mal a su víctima por el sólo hecho de ser mujer u hombre" [529]. Por su parte, Laurenzo Copello, entiende que la discriminación por razón de sexo no es una fórmula neutra, sino una protección de la mujer[530], y Acale Sánchez considera que la discriminación por razón de sexo incluye, en sentido amplio, la discriminación por razón de género[531] .

[527] DÍAZ LÓPEZ, J. y PEÑARANDA RAMOS, E. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Óp. cit., pág. 298.
[528] RUEDA MARTÍN, M. *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, Óp. cit., pág.4.
[529] REBOLLO VARGAS, R. "La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento*"*, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, Madrid, 2015, pág. 4.
[530] LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", Óp. cit., pág. 16.
[531] ACALE SÁNCHEZ, M. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal,* Editorial Reus, Madrid, 2006, págs. 411-412.

Por nuestra parte entendemos que el sexo no está implícito en el género y que teniendo claro que se ha definido ambos conceptos, la agravante por razón de sexo no está dirigida a la mujer en exclusiva, en cuyo caso el legislador habría recogido, en vez de sexo, discriminación por razón de ser mujer. A esto hay que añadir que, si reducimos la agravante por razón de sexo a la mujer, si un colectivo de mujeres agrede a un hombre por el mero hecho de ser hombre no tendría cabida en ninguna de las causas agravantes de discriminación que el Código Penal recoge. Además, al igual que no se plantea que la agravante por razón de su orientación sexual se reduzca a un colectivo por ejemplo de homosexuales mujeres, sino que permite su aplicación a cualquier ataque que se dé cómo discriminación a un colectivo por tener una orientación sexual, ya sea hombres o mujeres, lo mismo tendría que ocurrir por lo tanto con la agravante por razón de sexo, se trata así de fórmulas neutras.

Respecto a los requisitos que debería de darse para que esta agravante fuera aplicada serían; "1º) El que haya quedado claramente acreditado, que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y por lo menos en parte rechazado por ésta y que objetivamente pueda ser objeto de discriminación. 2º) Que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada. 3º) Que en el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que puedan explicar por sí misma la motivación de la actividad ilícita, o que, apareciendo, no sean determinantes precisamente del acto ilícito"[532]. En otras palabras, no será de aplicación dicha agravante en los casos en los que no haya, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 74/2000, de 9 de junio, "animadversión del sujeto activo por el sexo femenino, siendo este el móvil del ilícito proceder"[533]. Sin embargo, la exigencia de una motivación misógina es rechazada por parte de Rueda Martín, ya que, en palabras de dicha autora "no puede plantearse supuestos de discriminación sexista a una mujer sin necesidad de acompañarse de un odio hacia el sexo femenino"[534]. Además, para ella, existen unas dificultades probatorias

[532] SAP de Madrid núm. 717/2010, de 28 de junio, y núm. 1345/2010, de 9 de diciembre.
[533] SAP de Tarragona núm. 74/2000, de 9 de junio.
[534] RUEDA MARTÍN, M. *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, Óp. cit., pág. 9.

a la hora de probar la motivación de actuación misógina, siendo de aplicación dicha agravante cuando hay una intención de discriminar al sexo femenino pero "sin necesidad de añadirle motivaciones centradas en odios u otro tipo de disposición de ánimo similar en contra de la víctima"[535].

En conclusión, y desde nuestra perspectiva, la circunstancia agravante por razón de sexo sería de aplicación, y tal como hemos visto, cuando existe un odio hacia la mujer o hacia el hombre por el hecho de serlo, odio que podría darse a cualquier colectivo, como por ejemplo un ataque indiscriminado hacia un grupo de personas por razón de su etnia.

En cuanto a la diferenciación por tanto de ambas agravantes, tanto de sexo como de género, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, expone que "no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología". De esta forma, la agravante por razón de género, se aplicaría cuando el delito es realizado por un hombre que ha cometido el mismo por motivos de discriminación o por la relación de poder del hombre sobre la mujer, siendo por tanto aplicable a los delitos de homicidio, libertad sexual, es decir, todos los delitos en los que el sujeto activo actúe movido por razones de "genero"[536].

A modo de conclusión podemos señalar que, en la agravante por razón de género, debe existir una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer, mientras que en sentido contrario, entendemos que la agravante por razón de sexo no necesita que presente estos requisitos[537]. A esto hay que añadir que la agravante por razón de género exige que el sujeto pasivo sea una mujer, mientras que en la agravante

[535] *Ibídem*, pág. 9. Véase también a FUENTES OSORIO, G. El odio como delito, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, Granada, 2017, pág. 8.
[536] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 8.
[537] STS 420/2018, de 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 2.

por razón de sexo puede ser tanto varón como mujer. Así pues, cuando concurre una agravante por razón de género, la agravante por razón de sexo no sería de aplicación, a pesar de que, como señala Maqueda Abreu, es bastante costoso desligar las diferencias entre el machismo y la misoginia; sin embargo, siguiendo a Seoane Marín y Olaizola Nogales, cuando la víctima es mujer, "la agravante sexo perderá ampliamente su aplicación a favor de la de género"[538]. De hecho, la agravante por razón de sexo no se ha aplicado a ningún delito de violencia de género, lo cual consideramos que, tanto para los delitos que tienen una agravación implícita de que se ha cometido por razones de género, y por lo tanto la agravante por razón de género no sería de aplicación, así como cuando el delito es genérico que no contempla tal agravación y se permite aplicar la agravante por razón de género, la agravante por razón de sexo no se puede aplicar; de hecho, el Tribunal Supremo no ha aplicado la agravante por razón de sexo a los delitos de violencia de género.

5.2.5. La agravante por razón de género y la agravante por razón de parentesco

Antes de determinar si la agravante por razón de género y por razón de parentesco son compatibles entre sí, creemos que es necesario realizar un breve análisis de la circunstancia agravante por razón de parentesco.

Como cualquier otra circunstancia modificativa de responsabilidad, ya sea agravante como atenuante, no podrá ser de aplicación cuando el legislador ya la haya tenido en cuenta para describir el tipo penal. Se trata así de una circunstancia que, siguiendo a García Planas, es de carácter bipolar y puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y efectos del delito[539]. El hecho de que pueda agravar o atenuar la responsabilidad se remonta al Código Penal de 1870, ya que en los Códigos de 1848 y 1850 solamente actuaba como atenuante.

[538] SEOANE MARÍN, J. y OLAIZOLA NOGALES, I. "Análisis de la circunstancia agravante por razón de género (22.4ºCP)", Óp. cit., pág. 480.
[539] GARCÍAS PLANAS, G. "Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, Palma de Mallorca, núm. 3, 1996, pág. 86.

Respecto a su fundamento, la doctrina es variada; así para Mir Puig o Córdoba Roda, la agravación de dicha circunstancia se produce porque se incrementa el desvalor de la conducta del ofensor puesto que "hay que tener en cuenta la mayor o menor perversidad o malicia que la concurrencia de parentesco representa", lo que hace que tal circunstancia afecte al "al grado del injusto penal y no a su culpabilidad de atribución al sujeto"[540]. En contra de estas posturas tenemos a Bajo Fernández, que considera que el fundamento de tal circunstancia es la mayor o menor culpabilidad del sujeto activo. El Tribunal Supremo ha señalado que con independencia de que tal circunstancia a veces se relacione con la culpabilidad y otras con la antijuridicidad, cuando se trata de delitos entre parientes se produce un agravamiento porque concurre un doble injusto; por un lado, el propio del tipo delictivo que se trata, como matar, lesionar, amenazar etc., y por otro lado, el constituido por la relación de parentesco existente entre el sujeto activo y el pasivo derivado de que, como dice el Tribunal Supremo, existen ciertos deberes morales que la convivencia familiar entre los parientes determina, y es por ello por lo que los ataques que se producen dentro de ellos merecen un mayor reproche del injusto. La circunstancia actúa como atenuante para los delitos patrimoniales, y es así porque la convivencia disminuye la gravedad del hecho "incluso será inocua cuando se trate de un suceso extra parental, ajeno a la relación, o exista provocación previa por parte del sujeto pasivo"[541].

Se trata por tanto, tal como hemos señalado, de una circunstancia que puede actuar como agravante o atenuante dependiendo del bien jurídico violado o contra el cual se atenta, como dice el Tribunal Supremo, por lo que tal aplicación de la circunstancia mixta se debería de realizar de forma flexible, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso[542]. Así, generalmente dicha circunstancia actuará como agravante para los delitos cuyo bien jurídicamente protegido son inminentemente personales, como es la vida, libertad, libertad sexual, etc., y actúa como atenuante, según señala el Tribunal Supremo, cuando no protegen bienes jurídicos individuales[543], tendiendo estos últimos a tratarse de delitos contra el patrimonio. Cabe destacar aquí la

[540] QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General,* Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 718.
[541] STS 370/2003, de 13 de marzo, Fundamento Jurídico 3.
[542] STS 4651/1986, de 15 de septiembre, Fundamento Jurídico 1.
[543] STS 3582/2003, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 3.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003, que no aplicó la circunstancia de parentesco como agravante en un delito de tráfico de drogas ya que "se trata de un delito de riesgo abstracto en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, y en esta figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma".

De todo lo anterior extraemos que son tres los elementos que deberían de darse para aplicar tal circunstancia mixta: el vínculo parental o afectivo típico, la afectividad propia de la relación familiar y el conocimiento de su existencia[544]. Partiendo de estos tres requisitos, observamos cómo la agravante por razón de parentesco, fundada en vínculos familiares y de relaciones de afectividad, ya sean presentes o pasadas en el caso de cónyuges o parejas de hecho, presenta puntos de contacto con la agravación que se basa en haberse cometido el delito movido por la condición de la víctima mujer por razones de género[545]. Dice el Tribunal Supremo que, en cuanto a la admisión de compatibilidad de ambas agravantes, la circunstancia mixta de parentesco tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que exista entre el autor y la víctima una relación previa, mientras que en el caso de la agravante por razón de género, no tiene que existir relación o vínculo entre el sujeto activo y la víctima, tal como ya ha quedado claro, pero sí debe existir un ánimo de mostrar el sujeto activo la superioridad frente a la víctima y demostrar que ésta es inferior por el mero hecho de ser mujer. Dice el Tribunal Supremo que "con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (non bis in idem) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso"[546].

En definitiva, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos donde el autor ha cometido el hecho contra la víctima mujer por el hecho de ser mujer y de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la víctima mujer, teniendo que mediar dicha motivación para poder proceder a su aplicación. Por su parte, la circunstancia mixta de parentesco responde a un fundamento relacionado con la convivencia, y sin

[544] GARCÍA PLANAS, G. *Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco*, Óp. cit., pág. 88.
[545] STS 934/2020, de 8 de mayo, Fundamento Jurídico 3.
[546] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 3.

necesidad de que para su aplicación deba mediar esa motivación que la agravante por razón de género exige. Así, al tener fundamentos distintos ambas agravantes, se pueden aplicar de forma conjunta siempre que "en el relato fáctico de la Sentencia se hagan constar los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra"[547].

Tras el análisis de esta agravante por razón de género se deduce, por un lado, la necesidad de que España amplíe el concepto de violencia de género, y lo aplique a aquellas agresiones que el hombre realiza sobre una mujer sin necesidad de que exista o que haya existido una relación sentimental o análoga de afectividad, bastando con que exista una agresión como manifestación de una situación de discriminación o basada en las relaciones de poder que tienen los hombres frente a las mujeres. Esto es así porque, de no llevarse a cabo, consideramos que entraría en conflicto con la agravante por razón de género, ya que, si la misma puede ser aplicada a las agresiones que hay frente a las mujeres basadas en un motivo de los que define la violencia de género, sin necesidad de que exista una relación sentimental, no tiene lógica que la violencia de género quede delimitada a unas relaciones en concreto. Creemos que el legislador español aquí está entrando en contradicción. A esto hay que añadir que no sería normal que España introduzca una agravante basándose en la necesidad de atender a los compromisos internacionales, en concreto al Convenio de Estambul, y sin embargo el concepto de violencia no sea el mismo que el que señala dicho Convenio.

Por otro lado, como hemos visto en el estudio realizado, la agravante de género tiene dos elementos que necesita para poder ser aplicada. Un elemento es la necesidad de que exista cuando se comete el delito, una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer, y el otro elemento es la aplicación de dicha agravante siempre que el sexo de la víctima sea una mujer, y la agresión se haya producido por parte de un hombre, sin necesidad de que exista relación sentimental.

Es por ello por lo que consideramos que tal agravante no tiene un carácter meramente simbólico, puesto que la diferenciación entre la agravante por razón de género y por razón de sexo es clara. El fundamento de la agravante por razón de sexo se

[547] STS 420/2018, 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 8.

encuentra en el odio hacia un sexo, ya sea hombre o mujer, es decir, el odio a un colectivo. El motivo, por su parte, de la agravante por razón de género está inspirada en la definición de violencia de género, es decir, una forma de manifestar la superioridad del hombre sobre la mujer, es decir, como fruto de un desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer, y que ha llevado a una discriminación de la mujer.

En lo que respecta a la aplicabilidad de la agravante, hay que tener en cuenta que la misma sólo se permite cuando el tipo penal no contemple una agravación inherente por razón de género cuando la víctima fuera o hubiera sido esposa o mujer que esté o hubiera estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. De esta forma consideramos que dicha agravante sea de aplicación a aquellos casos donde no existen figuras específicas de violencia de género recogidas en el Código Penal, siempre que hayan concurrido los elementos que dan lugar a la aplicación de dicha agravante.

Y, por último, la agravante basada en el género es compatible con la circunstancia mixta de parentesco. La agravante por razón de género está castigando, tal como ya hemos señalado, el cometer el delito como manifestación de una situación de dominación del hombre sobre la mujer, mientras que en el caso de la agravante por razón de parentesco se castiga el incumplimiento de las obligaciones que derivan de las relaciones entre las personas que tienen un lazo familiar, por lo que se está castigando esa confianza depositada en el sujeto fruto de esa relación de parentesco, y que como bien hemos dicho, dejando claro el fundamento de una y de otra, se permite que sean aplicadas ambas circunstancias conjuntamente.

5.3. La perspectiva de género

5.3.1. Introducción

El concepto de perspectiva de género, llamado *Gender Mainstreaming* surgió por primera vez en la Organización de Naciones Unidas en 1975, en relación a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, al cuestionarse que ciertas políticas aparentemente neutras podían tener un efecto desigual entre los hombres y las mujeres. Posteriormente,

entre los años 1975 y 1995, tuvieron lugar cuatro Conferencias Mundiales de Mujeres donde se formularon recomendaciones para mejorar la situación de la mujer. Como resultado de todo ello en la IV Conferencia Mundial en Pekín celebrada en 1995, se consolida el concepto de *Gender Mainstreaming*, y se aborda por primera vez el concepto de género y la violencia contra las mujeres, como una vulneración de los derechos humanos. De esta forma, esta conferencia marca un importante punto de inflexión y debido a ello la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing constituye un programa a favor del empoderamiento de la mujer. La Plataforma de Acción de Beijing se refirió al concepto como "la necesidad de tener en cuenta el impacto de género antes de que las decisiones sean adoptadas"[548]. Se trataba de esta forma de implantar un mecanismo para incluir los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y así evitar la perpetuación de las relaciones de poder y subordinación existente entre hombres y mujeres[549].

La Unión Europea se pronunció sobre el principio del *Gender Mainstreaming*; y el Tratado de Maastricht en 1992, reforzó tal principio. En este Tratado, todos los Estados Miembros de la Unión Europea acordaban aplicar el principio; y se subordinan a eliminar toda forma de desigualdad entre sexos. Este Tratado no ha sido solo el único instrumento internacional donde la Unión Europea ha integrado tal principio, se puede ver cómo en la Decisión 95/593 CEE del Consejo de 22 de Diciembre de 1995, el *Mainstreaming* se consideraba la finalidad del programa, posteriormente también se incluyó en el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la UE en 2008[550].

Así pues, la perspectiva de género tiene que cumplirse por todos los poderes del Estado, entre ellos el judicial. De esta forma nace el juzgar con perspectiva de género. Algo que no es novedoso, ya que lleva años fraguándose. En el año 2018 se celebró en

[548] CARMONA CUENTA, E. *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 28.
[549] POYATOS I MATAS, G. "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *IQUAL, Revista de género e igualdad*, Murcia, 2019, pág. 2.
[550] En las políticas del Consejo de Europa también se ha integrado el Mainstreaming; Revisión de la Carta Social Europea en 1996 y la Aprobación del protocolo 12 al convenio europeo de derechos humanos en 2000.Véase GIANFORMAGGIO, L. *Identify, Equality, Similarity and the Law*, ponencia en el XVI Congreso Mundial de Filosofía del derecho celebrado en Reikiavik, Islandia, del 23 de mayo al 2 de julio de 1.993.

Buenos Aires la XIV Conferencia Bienal de la *International Association of Women Judges*, donde participaron cerca de 1000 juzgadoras de más de 78 países, y se vio cómo muchos países ya lo llevan poniendo en práctica desde hace varios años[551].

Sin embargo, la realidad se presenta con que sigue habiendo desigualdad y donde las mujeres siguen teniendo problemas para desarrollarse en condiciones de igualdad. Esto se demuestra según ciertos informes realizados no por órganos nacionales sino internacionales, y donde se deja ver que se trata de un problema global. Así pues tenemos por un lado el Estudio Mundial sobre el homicidio realizado por la Oficina de la ONU contra la droga y el delito en 2011, casi el 50 % de las víctimas son mujeres y mueren a manos de sus parejas o de otros miembros de la familia[552]. Por otro lado, el Proyecto TRAVAW, impulsado desde la Fundación Europea de la Abogacía para dar formación especializada en género a profesionales de la abogacía de la Unión Europea, y que expone que la violencia contra las mujeres afecta a todos los miembros de la Unión Europea[553].

Vamos a pasar ahora a hablar sobre "juzgar con perspectiva de género".

5.3.2. Juzgar con perspectiva de género

Siguiendo a Gloria Poyatos, el término de justicia con perspectiva de género, literalmente, se obtiene a través de las definiciones que de forma separada del concepto de justicia, perspectiva y género, da el Diccionario de la Real Academia Española:

a) Justicia es definida en su primera acepción del término, por la RAE, como "el principio moral de dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece".

---

[551] POYATOS I MATAS, G. *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, Óp. cit., 2019, pág. 8.

[552] Véase https://www.unodc.org/documents/data-and analysis/statistics/Homicide/BOOK_Global_study_on_homicide_2011_Spanish_ebook.pdf.

[553] Véase https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-proyecto-travaw-lanza-un-manual-sobre aspectos-legales-de-la-violencia-contra-las-mujeres-en-distintas-jurisdicciones/.
Este proyecto defiende que "este problema afecta a toda la UE y, por lo tanto, es necesario un enfoque de la UE. Esta necesidad de abordar esta cuestión a nivel de la UE ha sido reiterada por el Parlamento Europeo, que en febrero de 2016 recordó a la Comisión Europea su llamado a una directiva de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres, como solicitó el Parlamento en 2014. El Parlamento también pidió tolerancia cero hacia este tipo de violencia".

b) Perspectiva se define como "el sistema de representación que intenta reproducir en una superficie plana la profundidad del espacio y la imagen tridimensional con que aparecen las formas a la vista. Esta es la primera acepción del término "perspectivo/va".

c) Género se define, en su tercera acepción, como "grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente humano"[554].

Así pues, juzgar con perspectiva de género puede definirse como "una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. La transversalización se consolida así como una herramienta novedosa de transformación social, para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres ante la necesidad impostergable de reconocer la diversidad de género, tanto en la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de género"[555].

Desde el ordenamiento jurídico español, hay que tener en cuenta el derecho a la igualad que promulga el artículo 14 de la Constitución Española, así como la vinculación a los poderes públicos del ordenamiento jurídico, recogido también en la Constitución Española en el artículo 9.1, todo ello en relación con lo que señala la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres donde se recoge la "integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". De esta forma, con este principio se obliga a los operadores jurídicos a tener que interpretar y aplicar las normas teniendo en

[554] La tercera acepción que presenta la RAE es el más adecuado al concepto que da la ONU.

[555] POYATOS I MATAS, G. *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, Óp. cit., pág. 8. MEDINA CUENCA, A. *Interrogantes, alternativas y desafíos en clave de derecho penal y criminología*, UNIJURIS, Madrid, 2017, págs. 464-487. MEDINA, G. "Daños y perjuicios producidos por la violencia de género en el Poder Judicial. Necesidad de juzgar con perspectiva de género", *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, Madrid, 2017, págs. 49-85.

cuenta la igualdad entre las personas, remediando las relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, así como visibilizando la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa y en la valoración de hechos y pruebas[556].

Merece aquí destacar que la CEDAW, como órgano independiente que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas forma de discriminación contra la mujer, emitió un Dictamen en relación al caso de una ciudadana española que tras agotarse los recursos judiciales fue al Comité, y denunció que se le habían vulnerado los derechos humanos reconocidos en la CEDAW, ya que las decisiones que se habían adoptado en los distintos procedimientos judiciales tramitados acabaron con el asesinato de la hija de la recurrente a manos de su propio padre, tras una visita no vigilada de la menor, cuando el padre ya había sido condenado en diversas ocasiones por maltrato a su mujer e hija.

El Comité señaló que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales de permitir las visitas no vigiladas a un hombre que ya había sido condenado por maltrato son decisiones estereotipadas del derecho de visita basadas en la igualdad formal que otorgó claras ventajas al padre, a pesar de su conducta abusiva, y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica" (apartado 9.4 del Dictamen).

Una de las primeras sentencias que juzga con perspectiva de género es la STS 247/2018, 24 de mayo de 2018. Se trataba de un caso de violencia de género en el que el agresor intentó acabar con la víctima del maltrato, su pareja. Se analiza por primera vez desde una perspectiva de género la acción desplegada por el hombre sobre la mujer en un caso de intento de asesinato y maltrato por parte de éste, lo que supuso un

[556] Véase en https://equis.org.mx/juzgar-con-perspectiva-de-genero/.

aseguramiento de la acción agresiva. La anulación de la defensa de la víctima origina la existencia de alevosía, considerándola con una perspectiva de género ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar[557]. Y señala así el Tribunal Supremo: "Ante ello, la conclusión no puede ser otra que la de admitir la concurrencia de la alevosía. Esta anulación de la defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándola, en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja"[558].

Otra resolución que también juzga con perspectiva de género es la Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas), de fecha 7 de marzo de 2017. Esta sentencia fue pionera por definir la técnica de cómo juzgar con perspectiva de género en una resolución judicial española, para posteriormente aplicarla al caso concreto, en la que se estimó el recurso de suplicación de una víctima de violencia de género divorciada, en reclamación de pensión de viudedad[559]. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias revocó la sentencia destacando que en casos como este debía de juzgarse con perspectiva de género, quedando así establecida la integración de la dimensión de género en la impartición de justicia, y proporcionando una clara definición de su fundamentación jurídica[560].

En definitiva, tal y como hemos dicho, la perspectiva de género tiene que darse no solamente en su aplicación sino también en la forma de interpretar las normas. Así pues,

---

[557] STS 247/2018, 24 de mayo, Fundamento Jurídico 1.
[558] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 3.
[559] Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias, 027/2016.
[560] POYATOS I MATAS, G. *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, Óp. cit., pág. 16. Véase también, ACALE SÁNCHEZ, M. "El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar", en *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz/Ayuntamiento de Jerez, Cádiz, 1999, pág. 105. ASÚA BATARRITA, A. "Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico", en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pág. 45.

vamos a pasar ahora a hablar sobre la interpretación de las normas desde la perspectiva de género.

5.3.3. La perspectiva de género y el maltrato habitual

El maltrato habitual es uno de los delitos donde la perspectiva de género debe apreciarse, puesto que se trata de unas agresiones continuadas por parte del hombre a su pareja mujer por el hecho de ser mujer y de ser su pareja.

Así pues, el maltrato habitual, tal como analizamos en el epígrafe de los tipos penales de la violencia de género, se configura con unas características de especial crueldad en el autor y que se ejerce en el círculo de su propio hogar familiar, con un maltrato prolongado y que debido a esa reiteración de la conducta provoca un doble daño en la víctima, tanto físico como psicológico. De esta forma, la perspectiva de género debe apreciarse en el maltrato habitual ya que el componente base de los ataques se centra en que éstos se dirigen a la mujer que es su pareja y por el hecho de serlo.

El maltrato habitual produce, así, un daño constante y continuado del que la víctima mujer tiene la percepción de que no puede salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, provocando a la víctima, desde un punto de vista psicológico, el miedo y la sensación de no poder denunciar, y ésta lo que hace es aguantar tal situación, ya que el daño o el contraataque puede ser derivado en sus hijos, si los tiene. De esta forma, cuando la víctima decide que denuncia, el riesgo de maltrato se incrementa, y es por ello por lo que se requiere en estos casos mayores medidas de detección urgente del riesgo de que estos hechos puedan ocurrir cuando se denuncie el maltrato[561].

De esta forma, se tiene que afrontar el problema con perspectiva de género, presentando la víctima unas características especiales y autónomas en la consideración procesal de las mismas en su declaración en el plenario. No puede dejar de negarse que, debido al miedo a sufrir un daño mayor, las mujeres denuncien más tarde, y ese retraso en la denuncia haga que se pueda pensar que se trata de una denuncia falsa. Es necesario

[561] PARRILLA VERGARA, J. *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, págs. 31-69.

en este caso, aplicar la perspectiva de género, teniendo en cuenta que, a pesar de la tardanza en poner en conocimiento del órgano judicial el hecho, no tiene por qué ser sinónimo de falsedad.

5.3.4. La perspectiva de género y la alevosía

En lo que respecta a la alevosía y la perspectiva de género, hay que señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 247/18, de 24 de mayo, que recoge por primera vez la perspectiva de género en un delito de intento de asesinato y maltrato de un hombre a su pareja. De tal forma, el Tribunal Supremo establece que la valoración de anular la defensa de la víctima hace aparecer la agravante de alevosía, considerándola con una perspectiva de género debido a la forma en la que concurren los hechos[562].

Por consiguiente, el Tribunal Supremo analiza desde una perspectiva de género la acción que despliega el hombre sobre su mujer, y valora la declaración de la mujer de tal forma que destruye la presunción de inocencia. Entre los elementos a valorar qué utiliza el Tribunal Supremo son: las expresiones de la víctima, la forma en la que contesta a las preguntas, las reacciones de la víctima ante las preguntas de los abogados y del Ministerio Fiscal, la inexistencia de contradicciones y las expresiones gestuales. De esta forma, el Tribunal Supremo considera que esa presunción de inocencia queda enervada con la mera declaración de la víctima, especialmente en aquellos delitos donde no existen pruebas que permitan corroborar que se ha cometido el delito que la víctima señala.

En el caso del maltrato habitual, lo que exige el Tribunal es que se llegue a una percepción de las declaraciones de la víctima, valorando con las mismas que los hechos han ocurrido o no, sin necesidad de que se den fechas concretas, aunque sí se den unos periodos aproximados de cuándo ocurrieron. De tal forma que, como decíamos en el

[562] STS 247/2018, de 24 de mayo, Fundamento Jurídico 3. Véase a SOTO NIETO, F. "La alevosía en la jurisprudencia del tribunal supremo", *La Ley*, núm. 5, Madrid, 2005, pág. 1780. CAMPOS CRISTÓBAL, R. "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar, valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico", *Revista Penal*, núm.6, 2000, pág. 15. CARBALLO CUERVO, M. A. "Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 1995, pág. 11.

apartado de perspectiva de género y maltrato habitual, hay que valorar en virtud de la perspectiva de género.

En lo que respecta a la alevosía, el Tribunal Supremo acepta que concurre alevosía porque:

- La aceptación de que existieran episodios previos de malos tratos no puede llevar consigo "ser esperable" por la víctima una reacción tal como la que ocurrió el día de autos en el que el condenado, con una agresividad brutal, le asestó ocho puñaladas a la víctima. Ello incide en el carácter imprevisible de la acción del agente y su carácter alevoso por sorpresivo.

- Resulta importante el aspecto "locativo" donde se suceden los hechos, es decir, en el hogar. Un escenario en donde el agresor tiende en este caso concreto a asegurar el hecho arrastrando a la víctima hasta la cocina para, una vez allí, asestarle ocho puñaladas.

- La presencia de los menores, incluso, ahonda más en el miedo que pudo sentir la víctima de que ante tal escenario de agresividad pudieran ser agredidas las dos, ante la forma tan brutal en que sucedieron los hechos.

(…) Y sigue el Tribunal que hay que valorar la existencia de la alevosía atendiendo a dos puntos de vista:

- El punto de vista objetivo en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa. Y en este caso tal aseguramiento existe, dado que el recurrente entra en la habitación de la víctima de forma sorpresiva, dado que ella en ningún momento pensó que pudiera llegar a realizar la conducta que realizó posteriormente el recurrente, dado lo que momentos antes ella había ejecutado al entrar en el baño y quitarle la idea que tuvo el recurrente.

- El punto de vista subjetivo, en cuanto el dolo del recurrente en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en este caso ese riesgo no existió y sí el aseguramiento de lo que pretendía hacer, como es acabar con la vida de la víctima, ya que quedan probados los hechos alegados.

En definitiva, la conclusión a la que llega el Tribunal es admitir la concurrencia de alevosía, pues cuando concurre la anulación de defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándose en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de concurrir los hechos del hombre sobre su pareja, y en algunos casos delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, "siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja, lo que permite contemplar estos casos desde una perspectiva de género, que es lo que permite atraer al caso la alevosía como agravante específica que puede cualificar un homicidio en asesinato".

Por ello mismo, hay que analizar cada caso teniendo en cuenta que no siempre se va a producir una alevosía, sino que habrá que valorar las circunstancias que se dan en el caso teniendo en cuenta la perspectiva de género, en cuanto a valorar si la víctima tenía dificultades de defensa, adaptado al caso concreto y en base a las pruebas.

5.3.5. Interpretación de las normas desde la perspectiva de género

El artículo 6 del Convenio de Estambul recoge el compromiso de los firmantes de "incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio, y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres".

Esta forma de interpretación tiene su cabida en el artículo 3.1 del Código Civil, que impone la necesidad de interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que

deberán de ser aplicadas, teniendo en cuenta de esta manera los valores de la sociedad en el momento de la interpretación. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo[563] "los dos preceptos antes trascritos, así como todos los de contenido general del Título I , impregnan cualquiera de las cláusulas del articulado de la Ley, el cual no puede ser interpretado sino a la luz de aquéllos añadiendo que "la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres tiene una naturaleza transversal que impide la catalogación de las normas a las que afecta en el sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la que se hace en la sentencia recurrida". El principio de transversalidad, que se recoge en dicho art. 4 -consagrado también en la normativa europea (*Gender Mainstreaming*, definido en el art. 29 de la Directiva 2006/54 /CE), se plasma aquí de modo expreso y con vocación de generalidad, como ya hizo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, la LVIG- con afectación en varias ramas del Derecho-, superando los tímidos intentos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación familiar y laboral de las personas trabajadores, y de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

En tal sentido, la Exposición de Motivos de la LOIMH señala: La consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto. En suma, todos los ámbitos de actuación están afectados por los principios de la LOIMH y sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no es baladí el hecho de que cuantitativamente el grueso de las normas de la LOIMH pertenecen a dichos campos"; y concluyendo que "por consiguiente, una norma como la analizada -DA 44ª LGSS- exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional".

[563] STS 1046/2010 de 7 de diciembre, Fundamento Jurídico 11. Véase a HUERTA TOCILDO, S. "Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica", en *Estudios penales en recuero del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 507.

Ello exige al Poder Judicial razonar con una lógica distinta de la de épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva[564]; así pues, no se aplicarán las normas o criterios tradicionales que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente[565]. De esta forma, el Convenio de Estambul, en su artículo 4, condena todas las formas de discriminación contra las mujeres, de forma que el estado "tomará, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular:

- Indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio;

- Prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones;

- Derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer.

La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna".

En esta misma línea el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2006, señala en su Párrafo 73: "la violencia contra la mujer funciona como un mecanismo para mantener la autoridad de los hombres. Las explicaciones de la violencia que se centran principalmente en los comportamientos individuales y las historias personales, como el abuso del alcohol o una historia de exposición a la violencia, pasan por alto la incidencia general de la desigualdad de género y la subordinación femenina

[564] Guía práctica de la LO 1/2004 por el Observatorio estatal de violencia de género, 13 de octubre de 2016, pág. 290.
[565] Artículo 3.1 Código Civil. Véase a LOUSADA, F. "La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social", *Revista de derecho social,* núm. 76, Madrid, 2016, págs. 39-58. TORRES DÍAZ, M. Estado y violencia de género; Perspectiva de género y credibilidad de las mujeres víctimas, Logros y retos: *Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género*", Unidad de Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2011, págs. 1925-1939.

sistémica. Por consiguiente, los esfuerzos por descubrir los factores que están asociados con la violencia contra la mujer deberían ubicarse en este contexto social más amplio de las relaciones de poder" (…) "las normas que rigen los procedimientos penales, en particular las reglas de prueba y procedimiento, deben ser aplicadas con sensibilidad para la perspectiva de género a fin de "impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla". Ello comprende la elaboración y la aplicación de reglas de prueba y procedimiento de modo que asegure que no sean demasiado gravosas y que no estén basadas en estereotipos nocivos que inhiban a las mujeres de prestar testimonio. Las estrategias para hacer que en los procedimientos penales se tenga más plenamente en cuenta la perspectiva de género también pueden exigir que se simplifiquen los procedimientos judiciales, se garantice la confidencialidad de la víctima realizando actuaciones a puerta cerrada cuando proceda, se tomen medidas encaminadas a apoyar y proteger a las víctimas y se capacite al personal"[566].

5.3.6. El lenguaje no sexista

El lenguaje es el instrumento fundamental de la humanidad, ya que es el vehículo que nos sirve para poder comunicarnos. Sin embargo, desde hace tiempo existe una preocupación importante ante un lenguaje que sirve para identificar roles y diferenciar entre hombres y mujeres. En el siglo XIX se iniciaron reflexiones sobre la necesidad de consolidar un lenguaje no sexista y eliminar la discriminación consecuente[567]. El lenguaje sexista ha sido un tema principal en las mesas de trabajo de las sesiones de la CEDAW en 1987, así como en las sesiones 25 del año 1989, 26 del año 1991 y 28 del año 1995 de la ONU.

Merece destacar como en 1990 se dicto una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje, señalando que "el papel fundamental que cumple el lenguaje en la formación de la identidad social de los individuos y la interacción existente entre lenguaje y actitudes

[566] Informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2006, párrafos 73 y 268.
[567] Véase MURUAGA, B. "Sexismo en el lenguaje, sexismo en el mensaje", *Revista Emakunde*, Vitoria, 2003, núm. 53, pág. 21 e IRIGAR, L. "El lenguaje algo más que palabras", *Revista Emakunde*, Vitoria, 2003, núm. 52, pág. 2.

sociales" (…) "el empleo del género masculino para designar a las personas de ambos sexos provoca, en el contexto de la sociedad actual, incertidumbre respecto a las personas, hombres o mujeres, de que se habla". Se recomendó así a los Gobiernos el "empleo de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre hombre y mujer", y para ello es necesario "hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos"[568]. Esta recomendación será incorporada en el primer Plan para la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres, que se aprobó por el consejo de ministros en 1987 con una vigencia de dos años. Y dice así el texto: "Se incluirá, por ello, en el proceso de renovación del lenguaje administrativo que se está realizando, el control y eliminación, en su caso, de este tipo de discriminaciones en las circulares, impresos y formularios utilizados por la Administración". A esta primera norma le seguirán otras, como la Orden, de 22 de marzo de 1995, del Ministerio de Educación y Ciencia, para adecuar la denominación de los títulos oficiales.

En el mismo año, las Cortes Generales aprobaron la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil, donde se aplicaba el principio de no discriminación por razón de sexo, con el fin de eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad.

En el año 2006, el II Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género celebrado en Granada los días 23 y 24 de Febrero del 2006 recordaba cómo en la cultura los varones gozan de una posición de dominio, de tal forma que los términos para nombrar a los hombres representan a la vez lo positivo y lo neutro, mientras que los términos empleados para nombrar a la mujer, representan lo negativo, lo subordinado, y lo que no es universal. Se reclamaba, así, un lenguaje regido por la simetría y la reciprocidad.

Al año siguiente, el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de enero de 2007 señaló que, teniendo en cuenta el principio de transversalidad recogido en la Conferencia de Beijing

[568] Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje de 21 de febrero de 1990.

de 1995, donde se comprometían a integrar la perspectiva de género en todos sus ámbitos de actuación, el Acuerdo señalaba la necesidad de aplicar un lenguaje no sexista, adoptando unas normas mínimas comunes para evitar la discriminación en el lenguaje administrativo en el Consejo, introduciendo la diferenciación del uso del masculino y femenino a la hora de designar profesionales y actividades, incluyendo en los sustantivos de doble terminación su acepción femenina o diferenciando el sexo de la persona a la que se refiere la expresión en el caso de que un sustantivo no lo revelara. Además, se recoge en el acuerdo que las resoluciones judiciales deberían de evitar el uso del concepto asimétrico o excluyente para uno de los dos sexos.

En este mismo año se dictó una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres, donde se subrayaba que las acciones de los Estados Miembros deben tener como objetivo el fomento de un lenguaje no sexista en todos los sectores, y en particular en el sector público.

En esta misma línea la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres recoge en su artículo 14, como uno de las actuaciones de los poderes públicos, la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas. En el artículo 28.4 de la misma Ley se establece que en los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragadas total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas. Y en los artículos 37 y 38 de la misma Ley, en relación con RTVE y Agencia EFE, se establece que no se use en su lenguaje un lenguaje sexista.

En el año 2019 se dictó una recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros para prevenir y combatir el sexismo, donde se recogió la necesidad de adoptar medidas concretas para prevenirlo y combatirlo. Según dice el Comité de Ministros es necesario realizar una revisión sistemática de todas las leyes, reglamentos, políticas, etc., para detectar el lenguaje sexista y el recurso a asunciones y estereotipos basados en el género, con el fin de sustituirlos por terminología con perspectiva de

género. Las buenas prácticas en este sentido incluyen la elaboración de manuales prácticos de lenguaje y comunicación no sexista y sin estereotipos de género para su uso en documentos de la administración pública.

A pesar de todos los instrumentos internacionales y nacionales usados para poder combatir el lenguaje que crea desigualdad y que identifica los roles de hombres y mujeres, no es suficiente. Tampoco hay una normalización de presencia equilibrada de las mujeres en todas las profesiones y oficios, lo cual también impide el uso de un lenguaje no sexista. De tal forma que, tal como dice el CGPJ, "estas circunstancias hacen que sea importante comunicar a través del lenguaje escrito que las distintas categorías o puestos de trabajo son opciones laborales para mujeres y hombres, indistintamente: apuntar esto, de manera expresa no es, por consiguiente, una reiteración absurda: aunque quienes aplican e interpretan Derecho tengan claro estas realidades, los datos sobre la juventud española muestran la persistencia de los estereotipos sexuales tradicionales. Es obligación de la Administración, instituciones y organizaciones más relevantes, proporcional alternativas plausibles, y no negar que existen normas gramaticales que permiten asegurar la eficacia comunicativa y adaptar la realidad lingüística a la realidad jurídica y social"[569].

Sin embargo, a veces es complicado, y presenta problemas el sexismo lingüístico como son las siguientes:

a. Duales aparentes y vocablos ocupados. Se trata de términos que cambian de significado según se aplique a uno u otro sexo. Se suele dar especialmente en palabras que designan cargos o profesiones, debido a que las formas femeninas son vocablos que poseen un significado negativo o de inferioridad.

b. Vacíos léxicos: palabras que carecen de género femenino o masculino. Hay un caso muy curioso que es el de la misoginia, que significa aversión u odio a las mujeres; sin embargo, no hay ninguna palabra que signifique lo mismo pero hacia los hombres.

[569] https://www3.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad_de_Genero/Actividades_de_la_Comision_de_Igualdad/Estudios_y_otros_documentos/Lenguaje_juridico_y_genero__Sobre_el_sexismo_en_el_lenguaje_juridico

c. Falsos genéricos: son palabras genéricas, por ejemplo, hombre significado de humanidad.

d. Asociaciones lingüísticas peyorativas: los términos sobre los valores que se entienden como femeninos se definen a partir de prejuicios sociales. Es el caso del léxico que identifica a las mujeres en términos denigrantes, por ejemplo, el vocablo "zorra", que además de un mamífero define a una prostituta.

e. Salto semántico: fenómeno lingüístico que consiste en que un vocablo con apariencia genérica revela más adelante que su valor era específico.

f. Asimetría en el trato mujeres/hombres: los tratamientos de cortesía que convierten a las mujeres en dependientes o la forma de dirigirse a las mujeres mediante algún diminutivo que las infantiliza.

g. Denominación sexuada: problema de falta de simetría que tiene que ver con la forma en que se menciona a los varones, a los que se identifica por su cargo, oficio, profesión, etc. Sin embargo, las mujeres son identificadas antes por su sexo o por su dependencia a un varón que por sus méritos o identidad propia.

h. Aposiciones redundantes: consiste en destacar la condición sexuada de las mujeres por encima de otras cualidades que son pertinentes al asunto[570].

Por lo tanto, a pesar de los problemas lingüísticos, es necesario, siempre que sea posible, evitar el masculino genérico, y hacer uso de la multiplicidad de recursos de los que la lengua dispone.

---

[570] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M. I. *Lenguaje administrativo no sexista*, *Instituto andaluz de la mujer*, https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/13317296938_Mxdulo_7.Lenguaje_administrativo_no_sexista.pdf. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, núm. 20, Granada, 2018, págs. 1-38. VENTURA FRANCH, A. "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica", *Revista de Derecho Político*, núm. 97, Madrid, 2016, págs. 179- 208. REY MARTÍNEZ, F. "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2017, págs. 125-171.

En conclusión, el *Gender Mainstreaming* o lo que es lo mismo "la perspectiva de género" consiste en incorporar la perspectiva de género en todas las políticas públicas, como principio informador del ordenamiento jurídico.

Así pues, por un lado tenemos, "juzgar con perspectiva de género" y por otro lado "interpretar con perspectiva de género". El juzgar con perspectiva de género es un método utilizado para resolver los conflictos jurídicos en base al principio de igualdad eliminando los obstáculos que impiden conseguir la igualdad de género en una determinada situación. Supone cumplir con los estándares internacionales y con el mandato de la Ley Orgánica 3/2007 sobre la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, en relación con el mandato constitucional de conseguir la igualdad, y eliminar todas aquellos obstáculos que impiden la igualdad entre las personas, así como con el contenido de la CEDAW y el Convenio de Estambul. Así pues, a la hora de dictar sentencia, se trata de esta forma de no hacerlo de manera mecánica sino en base a la equidad y teniendo en cuenta la perspectiva de género, tratándose así de no juzgar de la misma manera a los desiguales. Hay que señalar también, como ya dijimos en otro Capítulo de este trabajo, en lo que respecta a la interpretación de las normas con perspectiva de género, que se trata también de adaptar las normas a la realidad social del momento en el que se tienen que aplicar, tal como dice el artículo 3.1 del Código Civil, en consonancia con el artículo 4 de la ya citada Ley Orgánica 3/2007 sobre la Igualad Efectiva entre Hombres y mujeres.

Por último, respecto al lenguaje no sexista, cabe señalar que el funcionamiento del género gramatical afecta en muchas ocasiones al sexismo lingüístico. El femenino ha presentado y presenta un uso muy restrictivo, ya que va dirigida a las mujeres, mientras que el masculino presenta un doble valor, para referirse a mujeres y hombres. Otras palabras que engloban a hombres y mujeres afecta a la identificación de la mujer y produce ciertas ambigüedades; por ejemplo, si digo, "mis hermanos juegan al parchís" es imposible saber si se refiere solamente a hombres o mujeres o a los dos. Y evidentemente, si se refiere solo a mujeres, éstas quedan ocultas. De esta forma, es necesario, tal y como he dicho antes, evitar el género masculino, haciendo uso del femenino o bien identificando a ambos sexos cuando en el concurren hombres y

mujeres, por ejemplo, “los médicos de España”, si nos referimos a hombres y mujeres, sería correcto decir los “los doctores y doctoras de España” o “los médicos y las médicas”, de tal forma que es mejor identificar con otras palabras lo que queremos decir que incurrir en un lenguaje sexista.

5.4. Juzgados de violencia sobre la mujer

5.4.1. Introducción

La LVIG ha previsto la creación de unos Juzgados especializados en materia de violencia sobre la mujer, así como la atribución de uno de los ya existentes en cada partido judicial en relación a la violencia de género. El Título V de la Ley crea estos juzgados en los que se van a tratar competencias del orden civil y penal. Se trata de una medida más para poder acabar con la violencia de género.

Así, la citada LVIG ha creado para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz en la institución jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer, una fórmula de especialización, tal como señala la ley, dentro del orden penal, de los jueces de instrucción creando los Juzgados de violencia sobre la mujer. Estos Juzgados conocerán de la Instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como aquellas causas civiles relacionadas, de forma que sean objeto de tratamiento procesal en la misma sede. Dice la Ley Orgánica /2004 que “con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”.

5.4.2 Necesidad de especialización de los operadores jurídicos que intervienen en los delitos de violencia de género y la coordinación de los órdenes civiles y penales

La especialización de estos juzgados responde a la necesidad reclamada por parte de los operadores jurídicos de crear unos juzgados que conocieran de los delitos de violencia de género, de tal forma que permitiera una mayor eficacia de las medidas a adoptar ante la comisión de estos delitos.

Así, el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del año 2001[571] establecía que no sólo era necesario crear juzgados especializados en materia de violencia de género, sino también la necesidad de una formación especializada de los jueces que lleven estos procesos. De tal modo, decía el Acuerdo, que sólo a través de una preparación específica de quienes tienen la responsabilidad de decidir cuáles son las sanciones o medidas que se deben adoptar ante esta situación de maltrato se puede luchar contra este tipo de delincuencia.

Sin embargo, la Ley fue un paso más allá; no solo creó la especialización de los juzgados y de los titulares de los mismos, sino que además estableció la especialización de los Fiscales y abogados proponiendo una Fiscalía especializada y turnos de oficio especializados en asistir a mujeres víctimas de violencia de género[572].

Por otro lado, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, al cual ya nos hemos referido, preveía también la necesidad de que existiera una coordinación de los órdenes jurisdiccionales en materia civil y penal, de tal forma que ambos órdenes se complementen adecuadamente y permitan dispensar un tratamiento integral y coherente a la crisis surgida en el núcleo familiar. Para conseguir lo que proponía el Acuerdo como medidas, se dictó una Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General

[571] Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2001 sobre problemática jurídica derivada de la violencia doméstica.

[572] MAYORDOMO RODRIGO, V. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, pág. 38, en el mismo sentido, MAGRO SERVET, V. "Propuestas para una reforma legal integral en materia de violencia doméstica", *La Ley*, núm. 7422, Madrid, 2000, págs. 1.336-1.337.

del Poder Judicial, sobre las normas de reparto penal y registro informático de violencia doméstica, y en ella se establecía normas de reparto eficaces para combatir la violencia de género, y se manifestaba así que era necesario que se concentrara en un mismo Juzgado la competencia para conocer de los procesos de las infracciones penales cometidas por el mismo sujeto contra todos los miembros de la familia, no sólo contra la mujer, y para ello era necesario una coordinación entre ambos órdenes. En esta misma línea ya se había manifestado el Consejo de Ministros en el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica el 11 de mayo de 2001.

Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, se pone de manifiesto también la necesidad de que exista una coordinación entre los distintos órdenes judiciales, de tal forma que se le permite al juez de instrucción dictar una resolución en la que se contenga no solo las medidas penales de protección a favor de la víctima, sino las medidas civiles. De esta forma, en aras a mejorar este sistema, se crea el Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica de 18 de diciembre de 2003, de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, donde se señala que esta coordinación está destinada a proporcionar a la víctima un marco integral de protección, evitando resoluciones contradictorias, y proporcionando "a los Juzgados civiles un adecuado conocimiento de las actuaciones realizadas por los Juzgados de Instrucción en asuntos de violencia doméstica, favoreciendo la adopción de las resoluciones que resulten más adecuadas; y facilitando que el Juzgado civil correspondiente pueda adoptar dentro de los plazos legales la resolución sobre la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles dictadas en el seno de una Orden de Protección"[573].

La necesidad de coordinación ha sido reclamada también por la doctrina. Así, siguiendo a Delgado Martín, se recoge que los objetivos que con ello se consiguen son

[573] CASARES VILLANUEVA, M. L. "La actuación de los jueces y magistrados ante los casos de violencia doméstica", en *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 460. DELGADO MARTÍN, J. *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001, pág. 163.

distintos: por un lado, evitar un tratamiento inconexo de las conductas violentas reiteradas imputables a una única persona; por otro lado, conseguir un mayor y mejor conocimiento de las personas implicadas dentro del ámbito familiar y que haya una mayor eficacia en la aplicación de las medidas cautelares[574].

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la creación de un Juzgado y Juez especializado permitiría que los procesos en materia de violencia de género sean resueltos por operadores jurídicos que tienen una mayor sensibilización y un mayor conocimiento en la materia; de esta forma, el hecho de que el Juez de Violencia sobre la mujer conozca de materia también civil permite que no haya dos Jueces para un mismo caso, y que se resuelva el proceso de forma pacífica alcanzando un mayor grado de eficacia en las resoluciones de los tribunales.

5.4.3. Ámbito territorial y competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

La Ley Integral crea así un nuevo órgano judicial que asume funciones exclusivamente en cada partido judicial, no solo del conocimiento de los asuntos penales relacionados con la violencia de género, sino de todas aquellas medidas de carácter civil que afectan a la víctima de la violencia.

a. Ámbito y competencia territorial

La Ley introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 87 bis que se ocupa de la distribución de competencias territoriales de los juzgados de violencia sobre la mujer, los cuales extenderán su competencia al ámbito territorial del partido judicial. Aunque de forma excepcional pueden existir juzgados que extiendan su competencia a más de un partido pero siempre dentro de una misma provincia. También excepcionalmente puede acordarse por parte del Consejo General del Poder Judicial que en función de la carga de trabajo, el conocimiento de ciertos asuntos en materia de violencia de género le corresponda al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción o de

[574] DELGADO MARTÍN, J. *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Óp. cit., pág.120.

Instrucción, determinando que uno sólo de estos órganos conozca de todos los asuntos dentro del partido judicial, de forma exclusiva o no.

En definitiva, en todos los partidos judiciales tiene que existir un juzgado especializado en materia de violencia sobre la mujer, ya sea conociendo exclusivamente sobre esta materia o bien de forma conjunta con otras. Lo que al final se quiere con esto es que quede garantizada la existencia de un juzgado especializado en materia de violencia de género en todos los partidos judiciales.

b. La competencia territorial

La competencia territorial viene determinada por el lugar del domicilio de la víctima, excepción que, si bien se puede apreciar, no estamos ante el foro del lugar de comisión del hecho delictivo, como ocurre con los delitos en general.

5.4.4. Juzgados de Violencia sobre la mujer: competencia en el orden penal

En este apartado vamos a delimitar la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en materia penal[575]:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de

[575] Art. 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior[576].

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado, sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

[576] En este apartado es interesante resaltar la reforma llevada a cabo en virtud del Acuerdo de 17 de julio de 200829, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La práctica forense ha demostrado que era necesario modificar el Reglamento 1/2005, para poder actuar fuera de las horas de audiencia que presentan los JVM en determinadas demarcaciones judiciales, instaurando un régimen singular de guardias para estos Juzgados.

Como vemos[577] se trata de unos juzgados que conocerán de ciertos delitos cuando se cometan en el ámbito de la violencia de género, así como cuando la víctima sea una mujer ligada al hombre que esté o haya estado dentro de una relación sentimental. Volvemos aquí a una de las cuestiones principales objeto de estudio en este trabajo, como es el tema de los matrimonios homosexuales[578], los cuales los deja fuera del objeto de protección de estos juzgados, así como cuando la víctima es un hombre y la agresión procede por parte de su pareja mujer. Sin embargo, cuando la ley recoge "o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" ya prevé la posibilidad de incluir a descendientes, menores o incapaces. Pero aquí se presenta otra cuestión controvertida, ya que si la agresión es sobre una persona que no es descendiente, pero que está en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, el padre de su mujer, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no sería competente, ya que para que así ocurra deben de haberse producido los hechos dentro del contexto de la violencia de género. Por ello, hay sectores doctrinales que entienden que la ampliación del ámbito subjetivo de la Ley no coincide con los posibles sujetos pasivos de los tipos penales agravados por la Ley Integral que son distintos a la mujer esposa o pareja del autor, ya que estos últimos han de ser "personas especialmente vulnerables que convivan con el autor"[579].

---

[577] LUACES GUTIÉRREZ, A. "Justicia especializada en violencia de género en España", *Revista de Derecho*, vol. 24, núm. 1, Valdivia, 2011, pág. 206. LUACES GUTIÉRREZ, A. T*utela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales,* Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 356 a 385.

[578] Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas contra la Violencia ejercida sobre las Mujeres, de 24 de junio de 2004, pág. 17, "definida la violencia como relación de subordinación, ésta subordinación es mayor cuando se trata de personas desvalidas o de niños, pues el adulto, la mujer agredida, suele conservar una capacidad de reacción, aunque esté mermada como consecuencia de aquella clara superioridad. En consecuencia, la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone. La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la Ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas. Por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres". Véase también a MONTÓN REDONDO, A. "Entendimiento procesal de la Ley de Protección contra la Violencia sobre la Mujer", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, Barcelona, 2005, págs. 571-572.

[579] LUACES GUTIÉRREZ, A. "Justicia especializada en violencia de género en España", Óp. cit., pág. 208. CUBILLO LÓPEZ, I. *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia, tutela Penal y Tutela Judicial frente a la Violencia de Género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 134

En lo que respecta a otra de las cuestiones controvertidas, el caso de los delitos contra los derechos y deberes familiares, estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer son competentes para instruir estos delitos siempre que se cometan sobre la mujer señalada como víctima en el artículo 87 ter apartado a) de la LOPJ, así como también cuando se cometan sobre los hijos, menores o incapaces indicados, pero en este caso, es necesario que exista una agresión a la mujer, ya que de forma independiente tampoco estos juzgados son competentes para instruir de forma autónoma e independiente sobre tales delitos[580].

5.4.5. Juzgados de Violencia sobre la mujer: competencia en el orden civil

En lo que respecta al orden civil, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer de los procesos de:

a) Los de filiación, maternidad y paternidad.

b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

c) Los que versen sobre relaciones paternas filiales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

[580] SENES MOTILLA, C. "Tutela Procesal frente a hechos de Violencia de Género", Colección *Estudios jurídicos*, núm. 13, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pág. 4.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[581].

Como se puede observar, se trata de un amplio abanico de competencias que en algunos casos, tal como puede constatarse, no tienen relación con la violencia de género, como es el caso de la necesidad de asentimiento en la adopción[582]. Se trata de una materia atribuida a estos juzgados de forma principal, cuestión criticada por el Consejo General del Poder Judicial, en el Anteproyecto de la Ley Integral, y decía que "estamos, por tanto, ante una especie de conmixtión de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido que combina aspectos penales y civiles -y estos de diversa índole- y sin que se pierda de vista las consecuencias jurídico laborales de sus decisiones"[583] (…) "desde el punto de vista del diseño orgánico judicial, puede advertirse que la razonabilidad en el diseño del organigrama judicial implica que los órganos judiciales deban crearse atendiendo a las ramas del ordenamiento jurídico, a las instancias y grados procesales o a la necesidad de especialización funcional a propósito de una concreta materia. Sobre esa idea de especialidad funcional podría compartirse la creación de estos juzgados como ya los hay de Familia, Menores o Vigilancia Penitenciaria. Ahora bien, el criterio de especialización empleado ahora no es el de una rama del ordenamiento o materia, sino que dentro del orden penal se crea una especialización que obedece a un objetivo político-luchar contra la violencia respecto de la mujer-, tomando por base el sexo de la víctima y el ánimo o intención del agresor".

Para el caso de lo previsto en las letras d) y e) del precepto citado, debe entenderse que se trata también de incluir a parejas de hecho, haciendo una interpretación amplia

[581] Art. 87 ter. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
[582] SENES MOTILLA, C. "La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", Óp. cit., pág. 4.
[583] Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, págs. 50 y 51.

del concepto de familia, ya que la finalidad de la ley es proteger no solo a las parejas matrimoniales sino también a las no matrimoniales[584].

Por último, hay que señalar además que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

a. Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género[585].

En definitiva, la creación de estos Juzgados especializados supone una respuesta clara ante la lucha contra la violencia de género, es un verdadero avance legislativo, optando por una normativa que pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales para proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.

---

[584] LUACES GUTIÉRREZ, A. "Justicia especializada en violencia de género en España", Óp. cit., pág. 209.

[585] Este último requisito ha sido objeto de críticas por considerarse que se corre en peligro por una utilización fraudulenta de las denuncias para llevar el asunto ante un Juzgado de Violencia sobre la mujer. LUACES GUTIÉRREZ, A. "Justicia especializada en violencia de género en España", Óp. cit., pág. 208-210. Véase GONZÁLEZ GRANDA, P. "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley*, núm. 6599, Madrid, 2006, pág. 16. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaración. Parte General (adaptado a la LO 1/2009 y a la Ley 13/2009, de reforma de la Oficina Judicial y de las Leyes de Enjuiciamiento)*, Colex, Madrid, 2010, págs. 406 a 408. Véase, también, MAGRO SERVET, V. *La competencia en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer (competencia objetiva, territorial y funcional)*, Óp. cit., pág. 38. GÓMEZ COLOMER, J. L. *La Violencia de Género. Aspectos Penales y Procesales*, Comares, Sevilla, 2007, pág. 74.

Sin embargo, la cuestión crítica que yo planteo es que pienso que se debería, por un lado, haber denominado de otra manera y de esta forma ocuparse de otras cuestiones relacionadas con la violencia familiar, abarcando no solamente la violencia de género, sino la violencia doméstica con independencia del sexo del sujeto activo y pasivo. Ya que la especialización que apoyamos, entiendo que los órganos jurisdiccionales no pueden crearse con el fin de excluir materias cuando el sexo del sujeto pasivo no es una mujer, ya que además, no vale cualquier delito que se cometa o hecho que se produzca sobre cualquier mujer, sino la rigidez de que debe de tratarse de mujeres con las que se tenga una relación sentimental. Se puede estar incurriendo en la discriminación sobrepasando la justificación de la discriminación positiva.

Hay que añadir que, además, se conseguiría, ampliando las competencias de estos juzgados, lo que vengo a exponer en mi trabajo: que aunque no denominemos violencia de género a la violencia que se produce sobre ciertos colectivos, como las parejas homosexuales, un ejemplo de otros muchos, se trataría de una medida de protección que debería ser puesta a disposición de estas personas, ya que el ampliar la competencia de estos juzgados supondría también especializar al juez en materia de violencia doméstica.

5.5. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima

5.5.1. Introducción

En este apartado vamos a tratar del Estatuto de la Víctima[586]donde se configura un amplio reconocimiento de los derechos de las víctimas. Dicha norma fue una transposición de la Directiva 212/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Su precedente inmediato se encuentra en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001. Sin embargo, la nueva Directiva supone un avance importante en materia de reconocimiento de los derechos de las víctimas, mejorado sus derechos, la protección y la asistencia dentro del Derecho Comunitario y permite abordar nuevas

[586] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

cuestiones en el ámbito de los derechos de las víctimas, ampliando así su contenido[587]. Una nueva norma que nace con el fin de ofrecer una mejor respuesta las necesidades de las víctimas en el sistema penal, tal como señala García Rodríguez[588].

De esta forma, la Ley 4/2012 del Estatuto de la víctima del delito transpone esta directiva y otras normas europeas en el plano interno, creando un nuevo escenario procesal en lo relativo a los derechos de las víctimas. De hecho, siguiendo a Hernández Moura, dicha transposición ha presentado problemas, debido a la multiplicidad y heterogeneidad de estatutos de la víctima característicos de la regulación española[589].

En definitiva, se trata de una Ley que amplía el alcance de la protección, no limitándola a lo meramente procesal, sino que tiene en cuenta la posición de la víctima dentro del proceso, haciéndola mucho más independiente, facilitándola el ejercicio de los derechos a obtener información y orientación eficaz desde el primer contacto con la autoridad y evitando tramites innecesarios que favorecerían la victimización secundaria.

Así, antes de pasar a profundizar más sobre la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, vamos a realizar un análisis de su fundamento, el cual se encuentra, tal como ya hemos señalado, en la Directiva 212/29/ UE.

5.5.2. La Directiva 212/29/UE

Actualmente la mayoría de los Estados Miembros cuentan con una legislación amplia para proteger y dar apoyo a las víctimas. Sin embargo, la Unión Europea consideró de especial importancia que todos los Estados Miembros garantizaran que las víctimas fueran tratadas con el respeto que merecen, ya que su participación en el

[587] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo", *La Ley*, núm. 5342, Madrid, 2001, págs. 1706-1714. TAMARIT SUMALLA, J. M. *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 129-136.
[588] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, núm. 5347, Granada, 2016, pág. 3.
[589] HERNÁNDEZ MOURA, M. J. "Violencia de género", en *Violencia de género, tratamiento y prevención* por Helena SOLETO MUÑOZ, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 52.

proceso penal no suele estar bien definida en los Estados[590]. Así pues, consideró oportuno elaborar unas normas mínimas para tratar de responder a las necesidades que los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembros presentaban. Sin embargo, no será hasta la entrada en vigor de la Directiva citada cuando se consiga el resultado esperado. Las dos normas consideradas como precedente inmediatamente anterior a la Directiva son la DM 2001/2220/ JAI y Directiva 2004/80/ CE, de 29 de abril del 2004, sobre indemnización de las víctimas de delitos. La primera, la DM 2001/220/JAI, fue una Decisión Marco bastante ambigua en su redacción, y no establecía los mecanismos para sancionar a los Estados Miembros que no cumplían los plazos. Por ello mismo, siguiendo a García Rodríguez[591], la Unión Europea consideró proponer la elaboración de nuevo marco legal que estableciera unas normas mínimas para garantizar la mejora de la situación de las víctimas en todo su territorio, con el fin de que obtuvieran las mismas posibilidades de acceso a la justicia, derechos y servicios básicos en todos los Estados Miembros, sin que hubiera discriminación.

En lo que respecta a la segunda norma, la Directiva 2004/80/ CE, de 29 de abril del 2004, sobre indemnización de las víctimas de delitos, que perseguía complementar la Decisión marco, en lo relativo a la reparación de las víctimas en aquellos casos donde el responsable fuera insolvente o desconocido. Sin embargo, en opinión de García Rodríguez, se debería revisar la Directiva para corregir las distintas desigualdades existentes entre los sistemas indemnizatorios de los distintos Estados Miembros y así asegurar una igualdad de trato para todas las víctimas en la Unión Europea[592].

Así, la Directiva 212/29/UE parte de un concepto de víctima mucho más amplio que el que se contemplaba en la Decisión Marco, considerando víctima no sólo a la persona física que ha sufrido el daño o perjuicio, sino también a los familiares de la persona cuya

[590] HERRERA MORENO, M. y POLAINO NAVARRETE, M. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pág. 270. VILLEGAS DELGADO, C. "La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa", en *La victima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* por Armenta DEU y Oromí VALL-LLOVERA, Colex, Madrid, 2010, pág. 278.

[591] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, núm. 18, Granada, 2016, pág. 5.

[592] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1980, Madrid, 2005, pág. 25.

muerte fuera causada directamente por un delito y haya sufrido un daño y perjuicio como consecuencia de su muerte.

Respecto a los derechos que la Directiva reconoce a las víctimas son:

a. Derecho a la información. Con este derecho se pretende garantizar que las víctimas puedan recibir la información suficiente sobre los derechos que les corresponden y que puedan ejercitarlos dentro del proceso penal. Se las facilita además el acceso a los servicios de apoyo para que puedan responder a sus necesidades. Dicha información se garantiza que la reciben desde el primer momento, es decir, desde el primer contacto con las autoridades. Siguiendo a Llorente Sánchez, lo que se pretende con todas estas actuaciones es que la víctima conozca y entienda los derechos que la asisten; por ello, se debe facilitar en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las características personales de las víctimas, entre ellas, la discapacidad. De tal forma que es imprescindible que la víctima entienda la información y pueda explicar y dar a entender lo que le ha ocurrido. De esta forma, la Directiva además establece que si la víctima no entiende o no habla la lengua empleada en el proceso penal, se solicite un intérprete y unas traducciones gratuitas durante su intervención en las actuaciones policiales y judiciales. Se garantiza dentro de la Directiva que la víctima, si lo solicita, pueda recibir sin retraso información sobre el curso del proceso penal.

b. Derecho de participación en el proceso penal. Todos los Estados Miembros habrán de reservar a las víctimas un papel efectivo y adecuado en el sistema de justicia penal, con el fin de facilitar y promover la participación en el mismo[593]. Así, la Directiva establece una serie de derechos mínimos, como son el ser oídas y facilitar los elementos de prueba durante las actuaciones en el proceso a las víctimas, solicitar que se revise cualquier decisión de no proceder al procesamiento, acceder a la asistencia jurídica gratuita cuando sean parte en el proceso penal, solicitar el reembolso de todos los gastos en que se haya incurrido, obtener una indemnización por parte del infractor dentro de un plazo razonable, entre otros. Así, cuando la víctima reside en un país distinto al del

[593] PÉREZ RIVAS, N. "Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, Boletín Centro de Estudios y Documentos", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 20, Santiago de Compostela, 2014, pág. 6.

Estado donde se está desarrollando el proceso, se reconoce la posibilidad de prestar declaración inmediatamente después de haber interpuesto denuncia o de intervenir en el proceso a través de videoconferencia y conferencia telefónica.

c. Derecho de reparación. La Directiva reconoce también el derecho a obtener en un plazo razonable, una resolución relativa a la indemnización de daños y perjuicios salvo cuando el Derecho nacional de cada Estado estipule que la indemnización haya de ser acordada en otro tipo de proceso judicial; así, se reconoce además el derecho a un reembolso de los gastos por la participación activa dentro del proceso penal y a la restitución de los bienes que le hayan sido incautados.

d. Derecho a la protección de su seguridad e intimidad. Se establece en la Directiva la obligación por parte de todos los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad de las víctimas y la de sus familiares del riesgo de sufrir cualquier tipo de represalias, intimidación o victimización secundaria con ocasión de su participación en el proceso penal. Así, se trata de adoptar medidas para que no haya un contacto con el infractor en las dependencias donde se celebre el proceso penal, medidas orientadas a minimizar el riesgo que puedan sufrir daños psicológicos o emocionales con ocasión del interrogatorio, de tal forma que se las interrogue tan pronto como se haya presentado su denuncia ante las autoridades competentes, que el número de declaraciones sea el menor posible. La Directiva recoge también una especial preocupación por salvaguardar los derechos de las personas especialmente vulnerables; sin embargo, no define tal concepto. Por ello mismo, siguiendo a Oromí i Vall LLovera, considera que ha de entenderse que será lo que se considere como persona vulnerable en los países de aplicación de la Directiva[594].

e. Derecho a la asistencia y apoyo. La Directiva reconoce el derecho de acceso de forma gratuita y confidencial a los servicios de apoyo que deberán de establecerse en todos los Estados Miembros con carácter público o a través de organizaciones no gubernamentales. Se garantiza de esta forma el que cualquier persona que haya sido

[594] TAMARIT SUMALLA, J. M. "La protección de las víctimas vulnerables en el Derecho de la Unión Europea", *European inklings,* núm. 2, Euskadi, 2013, pág. 439.

víctima de una infracción penal pueda acudir a los servicios sociales para recibir la orientación jurídica, asistencia psicológica y apoyo social que necesiten; así, siguiendo a García Rodríguez, tales servicios de apoyo deberían de ser fácilmente accesibles y facilitar a las víctimas el apoyo social, emocional y material de forma gratuita, antes, durante y tras la investigación o del proceso penal[595].

Para garantizar el que las víctimas puedan ejercitar todos estos derechos es necesario que los profesionales que intervienen en el mismo o que puedan tener cualquier contacto con las víctimas sean personas que tengan una especialización en la materia, es decir, tengan competencias y habilidades para dar una respuesta adecuada a las necesidades de las víctimas, y para ello la Directiva establece la obligación de que todos los Estados Miembros garanticen la formación de la policía, personal judicial, abogado, fiscales y jueces, así como de los profesionales encargados de proporcionar apoyo a las víctimas y de los servicios de justicia reparadora.

Asimismo, la Directiva obliga a todos los Estados Miembros a desarrollar campañas de información y sensibilización sobre los derechos que tienen las víctimas, así como acciones de seguimiento para evaluar el impacto de las medidas de apoyo y protección de las víctimas que hayan sido puestas en práctica. Se regula también la necesaria cooperación entre los Estados Miembros para mejorar el acceso de las víctimas a todos sus derechos.

Así, consideramos que el hecho de que los profesionales que intervienen en los procesos, se formen en la materia, es algo bastante positivo, sobre todo en relación a una materia como violencia de género, ya que un personal formado permite ofrecer una mayor confianza y comprensión sobre la situación en la que se encuentra la víctima, y así aportar una mayor y mejor respuesta a sus necesidades. En definitiva, toda la Directiva ha sido de gran acierto no solo en relación a las víctimas en general, sino a las víctimas de violencia de género en particular, ofreciéndolas un amplio catálogo de derechos y superando las desigualdades transfronterizas de los distintos Estados

[595] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. *Código de los Derechos de las víctimas*, Instituto Andaluz de la administración pública, Sevilla, 2006, pág. 238.

Miembros, para que todos ellos puedan ofrecer una misma protección con independencia del Estado en el que se encuentren.

Así, realizado un breve análisis de la Directiva, lo que hemos considerado de especial importancia para entender la Ley 4/2015 reguladora del Estatuto de la víctima, vamos a proceder a realizar un análisis de la misma.

5.5.3. Transposición de la Directiva 2012/29/UE al ordenamiento jurídico español

La aprobación de la Directiva 212/29/UE supuso un avance en materia de reconocimiento de derechos de las víctimas. El legislador español ha transpuesto esta Directiva y otras normas europeas por la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima de delito[596]. La Unión Europea, para garantizar que todos los Estados Miembros transponían la Directiva, estableció que debían de haber transpuesto la misma antes del 16 de noviembre de 2015, e imponían la obligación de comunicar el texto de todas las disposiciones del Derecho interno que iban adoptando con esta finalidad a la Comisión Europea, la cual tenía que presentar un informe de evaluación al Parlamento y al Consejo antes del 16 de noviembre de 2017.

De esta forma, la Ley 4/2015 tiene como finalidad reunir un catálogo de derechos referidos a la víctima del delito, incorporando también algunas previsiones no recogidas en la Directiva pero que, según el legislador español, recogerían la particular demanda de la sociedad española. Así se recoge las buenas prácticas que deben de ser aplicadas a todos los profesionales que entren en contacto con las víctimas.

[596] En este sentido, la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito transpone (a) la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, derogatoria de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; (b) la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, derogatoria de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo y, (c) por último, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Lo más positivo que refleja esta Ley es la protección tan amplia que se extiende más allá de lo estrictamente procesal, y que va más allá de la reparación de los daños y perjuicios intentando que se minimicen cualquier efecto traumático que pueda llegar a padecer la víctima como consecuencia del delito que ha sufrido y de su situación procesal.

En lo que refiere a la estructura de la norma, consta de un preámbulo, un título preliminar, seguido de cuatro títulos que se ocupan de regular los derechos básicos, de participación y protección dentro del proceso penal, dedicando el último título a las disposiciones para ordenar las oficinas de asistencia a las víctimas, la formación, cooperación y buenas prácticas que habrán de guiar la actuación de todos los profesionales que puedan tener contacto con la víctima. Se añade además dos disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria y seis disposiciones finales.

a. Concepto de la víctima

El Estatuto de la víctima recoge un concepto amplio de víctima del delito, no siendo víctima solamente la persona que sufre el perjuicio físico, moral o económico como consecuencia directa del delito, sino también el cónyuge o persona en situación de análoga afectividad, sus hijos, parientes directos y otras personas a cargo de la víctima cuya muerte o desaparición hayan sido causa directa del delito, salvo que se trate de las personas responsables del delito[597]. El hecho de que se amplíe a todas estas personas la condición de víctima del delito es algo que resulta muy positivo, ya que permite a todas estas personas que están vinculadas a la víctima fallecida o desaparecida beneficiarse de los derechos que le asisten a la víctima en el Estatuto, algo que hasta la entrada en vigor del estatuto no se permitía. De esta forma, se puede distinguir entre víctima directa e indirecta.

Lo único que resulta más discutible es que la Ley recoja que haya personas, como dice Tamarit Sumalla, con mejor derecho para ser consideradas víctimas del delito, dado

[597] SAMANIEGO, J. L. "Estatuto de la víctima (Comentario a su regulación procesal penal)", *La Ley*, núm. 8351, Madrid, 2014, pág. 1771. GÓMEZ COLOMER, J. L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2014, pág. 309.

que la Ley expresa que son víctimas las personas que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito por un cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar; y en defecto de todos los anteriores a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia entre ellos del que ostentara la representación legal de la víctima[598]. Siguiendo a dicha autora, hubiese resultado más oportuno acudir al modelo empleado anteriormente en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, que configura las personas con derecho a las ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, estableciendo un orden de prelación para poder recibirlas, atendiendo a la lógica propia de la asignación de los recursos[599].

Otro de los aspectos que presenta como algo positivo del Estatuto de la víctima del delito es el reconocimiento a los derechos de las víctimas españolas y extranjeras, colocándolas en un mismo nivel de protección, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren en España, y solo se requiere que se haya cometido en territorio español o pueda dicho delito ser perseguido en España.

El Estatuto además establece una cláusula para las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea y que sean residentes en España. Las víctimas podrán presentar ante las autoridades españolas las denuncias correspondientes, estableciendo que en caso de que las autoridades españoles no resuelvan dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, se remita la denuncia a las autoridades del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos y se lo comunicaran a la denunciante.

[598] TAMARIT SUMALLA, J. M. *La protección de las víctimas vulnerables en el Derecho de la Unión Europea*, Óp. cit., pág. 34.
[599] *Ibídem*, pág. 34.

Desde nuestra perspectiva, estamos de acuerdo con García Rodríguez en que dicho Estatuto debería de haber ampliado el concepto de víctima a las personas que pudieran haber sufrido cualquier tipo de daños al intervenir para auxiliar a la víctima o aquéllas que intervinieron para evitar el delito. Opción que se presentó en el Anteproyecto del Código Procesal Penal, y que el Decreto 375/2011, de 30 de diciembre, regula el servicio de asistencia a víctimas en Andalucía[600].

Respecto a las víctimas de determinados colectivos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, el nuevo Estatuto ha reforzado su tutela de tal forma que, siguiendo a Herrera Moreno, esa vulnerabilidad puede descansar en factores subjetivos, relacionales o situacionales, en función de los cuales se regulan una serie de medidas de protección adaptadas a sus particulares necesidades prestando un particular interés por las destinadas para los menores y personas con alguna discapacidad cuando participan en el proceso penal[601]. Por su parte, Leal Medina señala que es algo muy positivo el hecho de haberse adoptado medidas que refuerzan la tutela penal de las personas en situación de vulnerabilidad, ya que no todas las medidas de tipo general y uniforme sirven ni son viables, y tampoco resuelven el problema[602].

En definitiva, la ampliación del concepto de víctima del delito ha sido muy favorecedor dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de estar de acuerdo en que dicho concepto debería de haberse ampliado a aquellas personas que sufren un perjuicio cuando van en auxilio de la víctima, o evitan un delito. Era necesario además dar un mayor protagonismo a las víctimas; no dejarlas como seres secundarios en el proceso, sino resarcir el daño, apoyarlas y ayudarlas con independencia de que hubieran sido parte en el proceso o no.

---

[600] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. *El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español*, Óp. cit., pág. 38.

[601] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido a la esperanza*, Comares, Granada, 2006, pág. 50.

[602] LEAL MEDINA, J. "Régimen jurídico de la víctima del delito (Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito", *La Ley*, núm. 8287, Madrid, 2014, pág. 1307.

b. Derecho de información de las víctimas del delito

Entre los derechos que se reconocen a las víctimas, se aplica el derecho a recibir información en un lenguaje sencillo y accesible desde el primer momento en el que entran en contacto con las autoridades, sobre las medidas de asistencia y apoyo disponible, el derecho a renunciar, el modo y condiciones para solicitar todas las medidas de apoyo, protección, el derecho a obtener la asistencia jurídica, y las indemnizaciones que pueden reclamar, servicios de interpretación y traducción, así como todas aquellas medidas que aseguran la protección de sus intereses fuera del territorio español, no bastando con dar dicha información sino debiendo adaptarla a las circunstancias y condiciones personales de la víctima así como a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios ocasionados. Siguiendo a Burgos Ladrón de Guevara[603], considera que es fundamental para el cumplimiento de las garantías de las víctimas del delito su derecho de información, no sólo en relación a la información relativa a la denuncia y su personación como acusador particular, sino también en lo relativo a los servicios sociales de asesoramiento legal, y vías de contacto para recibir información sobre el proceso penal.

En lo relativo a la violencia de género la LVIG incluye referencias al reconocimiento del derecho de información, complementando la Ley del Estatuto de la víctima la forma en la que deberá de proporcionarse dicha información, es decir, a través de un lenguaje claro, sencillo y accesible. Es importante lo que recoge el Estatuto en cuanto a la formación general y específica en los cursos de formación de los operadores jurídicos que se encuentren al servicio de la Administración de Justicia. Esa importancia es debido a que, como señala Hernández Moura[604], de no existir especialización de los operadores dicha información puede que se dé de forma estereotipada, alejada de las implicaciones que debería tener el principio de individualización que proclama la norma.

[603] BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. "La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, Madrid, 2015, pág. 9.
[604] HERNÁNDEZ MOURA, M. J. "Violencia de género", en *Violencia de género, tratamiento y prevención*, Óp. cit., pág. 57

La información deberá de versar sobre los derechos que le asisten a la víctima del delito, actualizándose en cada fase del proceso, y orientándola en lo relativo a:

- Medidas de asistencia y apoyo disponibles y los procesos para acceder a ellas. En los casos en materia de violencia de género, el juez puede autorizar excepcionalmente que la víctima concierte con una agencia o sociedad pública que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de vivienda, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y condiciones que se determinen[605], según el artículo 64 de la LVIG.

- Derecho a denunciar y la forma y procedimiento para interponer la denuncia, así como el derecho a facilitar los elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación del delito[606].

- El derecho de asistencia jurídica y el proceso para obtenerla, y en los casos de violencia de género, por ejemplo, el derecho de asistencia jurídica gratuita y el proceso para su obtención.

- La posibilidad de solicitar medidas de protección y el proceso para llevarlo a cabo. Para el caso de las víctimas de violencia de género, se deberá señalar que algunas de las medidas puedan ser acordadas de oficio, como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 544 bis.

- Indemnizaciones a las que puede tener derecho y el proceso para su reclamación.

- Información sobre los servicios de interpretación y traducción de los que se dispone

[605] SERRANO MASIP, M. "Los derechos de información", en *El estatuto de las víctimas de delitos; comentarios a la Ley 4/2015,* por Josep TAMARIT SUMALLA, Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, y Mercedes SERRANO MASIP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 71.

[606] CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M. "Denuncia y dispensa del deber de declarar", en *Violencia de género y Justicia,* por Raquel CASTILLEJO MANZANARES y Cristina ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 550-580.

- Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponible, para garantizar el derecho de las víctimas a entender y ser entendidas prestando especial atención a los menores víctimas y a los que tengan algún tipo de discapacidad.

- Procedimiento a través del cual la víctima puede ejercer estos derechos si reside fuera del territorio español y dentro de la Unión Europea.

- Recursos que puede interponer contra las resoluciones que puedan ser contrarias a sus derechos.

- Información sobre los datos de contacto de la autoridad que se encarga de la tramitación del procedimiento y los cauces para comunicarse con ella.

- Los servicios de justicia restaurativa disponibles.

- Información sobre los casos en los que se puede obtener el reembolso de los gastos judiciales y el proceso para su reclamación.

Otras de las novedades que la Ley del Estatuto de la víctima señala es el derecho a recibir información sobre elementos importantes de la causa penal con independencia de que la víctima se persone o no dentro del proceso, y cuya información incluirá la resolución que acuerde no iniciar el proceso penal, la asistencia que ponga fin al proceso, la resolución que acuerde la prisión o la puesta en libertad del infractor y la posible fuga del mismo, entre otras.

Así mismo, se reconoce en la Ley el derecho de las víctimas a negarse a recibir información sobre las resoluciones que se adopten en torno al proceso penal, y cuando se trata de víctimas de violencia de género se informará sin necesidad de que éstas lo pidan de las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo así como de las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.

c. Participación de las víctimas en el proceso de ejecución

Uno de las novedades más importantes de la Ley del Estatuto de la víctima es la posibilidad que reconoce a las víctimas de poder participar en la ejecución de la resolución, de tal forma que se la permite, aún no mostrándose parte en la causa, recurrir ciertos autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Así, antes del inicio de la ejecución de la pena, se faculta a las víctimas para facilitar al juez o tribunal cualquier información relevante para resolver, sobre la ejecución de la pena impuesta, sus responsabilidades derivadas del delito que hubiese sido acordado.

En el momento en el que existe una decisión sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y el penado ha cumplido una parte de su condena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene que informar a la víctima sobre los beneficios penitenciarios, clasificación en tercer grado, permisos de salida, computo del tiempo para la libertad condicional, concesión de la libertad condicional, cuando se trate de ciertos delitos.

Es importante destacar la opinión de Hernández Moura en lo relativo a la posibilidad de recurrir ciertas resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la cual considera que es desmesurado el reconocimiento de estos derechos ya que no responden a las previsiones de la Directiva y tampoco se identifican con modelo comparado europeo alguno[607]. Nosotros consideramos, sin embargo, que dar un papel protagonista a las víctimas, especialmente a las víctimas de violencia de género, y darlas información sobre todo lo relativo a la ejecución de la pena y la posibilidad de recurrir, es algo que beneficia por completo, ya que se trata indirectamente de mecanismos de tutela, ofreciéndolas sistemas de seguridad que permitan o favorezcan la interposición de la denuncia, ya que se las da una mayor confianza en la justicia penal. El hecho de que se sientan desprotegidas lo único que provoca es el efecto contrario a lo que las legislaciones en materia de violencia de género se pretende, es decir, el que no denuncien y acaben callándose tales agresiones. De hecho, apoyando la opinión de Nistal Burón, no se debe en la fase de ejecución limitarse a la mera satisfacción de los

[607] HERNÁNDEZ MOURA, M. J. "Violencia de género" *en Violencia de género, tratamiento y prevención,* Óp. cit., pág. 65.

intereses materiales y morales de la víctima, sino que es necesaria la resocialización de la víctima, y esto se puede conseguir si se la da a ésta el derecho a figurar como parte jurídica en la fase penitenciaria de ejecución penal en cualquier momento de la relación jurídico-penitenciaria[608].

d. Protección de las víctimas

Uno de los objetivos del Estatuto de la víctima es evitar la victimización secundaria de la víctima del delito, y para ello la Ley contempla una serie de medidas tendentes a evitar el contacto entre la víctima y el autor del delito. Así pues se prevé en la Ley la posibilidad de adoptar medidas de protección física hasta otras, como el uso de las salas separadas en los Tribunales, para evitar el contacto de la víctima con el infractor y cualquier otra, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias. Así mismo se prevé que se adopten medidas en las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación: estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra. Es sin duda algo positivo especialmente para las víctimas de violencia de género, aunque la LVIG ya incorpora algunas previsiones al respecto.

Así mismo, se prevé durante la investigación penal, con el fin que venimos señalando, evitar la victimización secundaria de la víctima, una serie de medidas a tener en cuenta, como son, la obtención de la declaración de la víctima sin demora tras la interposición de la denuncia, la reducción del número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo que sea necesario, y cuando sea imprescindible, así como garantizar a la víctima su derecho de hacerse acompañar por un representante legal o persona de su elección.

En lo relativo a la intimidad de la víctima del delito, se contempla la necesidad de proteger su intimidad, por lo que se establece que los operadores jurídicos que

[608] NISTAL BURÓN, J. "El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena", *La Ley*, núm. 7157, Madrid, 2009, pág. 1537.

intervienen en el proceso penal adopten las medidas necesarias para proteger la intimidad de las víctimas y sus familiares, impidiendo además que se de información sobre ellas.

Todas las medidas que prevé la ley se tendrán que realizar de forma que se lleve a cabo una evaluación personalizada para determinar sus necesidades especiales de protección, reforzando las medidas que la Ley señala.

e. Protección especial para los hijos de las mujeres víctimas de violencia de género.

La ley reconoce a las víctimas el derecho a poder acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo que las administraciones públicas facilitan, así como los que presten las oficinas de asistencia a las víctimas. Este derecho también se aplicará a los familiares de las víctimas. Así, otra de las novedades que se recogen es la obligación que se impone al juez, incluso de oficio, en los casos de violencia doméstica en caso de existir menores o personas con discapacidades que conviven con la víctima y dependan de ella, sobre la pertenencia de la adopción de las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección. Así, se contempla la posibilidad de que, en el caso de que sean víctimas indirectas de violencia doméstica o género o víctimas directas del artículo 57 del Código Penal, el juez pueda adoptar de forma motivada medidas de protección como son: la suspensión de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, así como establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela, o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre menor o persona con capacidad modificada, o incluso suspender o modificar el régimen de visitas por comunicación con el no conviviente o con otro familiar.

Somos totalmente partidarios de este elemento normativo, ya que permite no solo proteger en los delitos de violencia de género a las víctimas, sino también a las personas que no siendo víctimas directas sufren las consecuencias de vivir en un entorno de violencia de género, aparte de que suspender los derechos del autor con respecto a los

hijos supone una forma de salvaguardia de sus intereses, ya que el autor puede causar los daños a los hijos con la finalidad de dañar a la víctima de violencia de género.

En definitiva, tras el análisis realizado de la Directiva 2012/29/UE, podemos concluir que se ha creado un marco jurídico que ha permitido mejorar las respuestas a las necesidades en el sistema penal de las víctimas en general. Se ha recogido un amplio abanico de mecanismos necesarios para conseguir que todos y cada uno de los derechos que se reconocen a las víctimas se informen en la legislación nacional de todos los Estados Miembros, favoreciendo la eliminación de las barreras que la Decisión Marco presentaba. De esta forma, nuestra legislación transpuso dicha Directiva, valorando muy positivamente el resultado final, ya que ha permitido recoger en un único texto el catálogo de derechos procesales y extraprocesales que las víctimas tienen reconocidas, y aunque las víctimas de violencia de género presentaban ya ciertos mecanismos de protección, la LVIG ha permitido completarlos y mejorarlos. De esta manera se refuerza que la víctima no caiga en la victimización secundaria, dotándola de esta manera de un papel protagonista dentro del proceso penal, ampliando los mecanismos de protección y ofreciéndole los mismos para promover la denuncia de los delitos de violencia de género.

La necesidad de que haya profesionales especializados en materia de violencia de género es muy favorecedora en lo que a la confianza de la víctima en el proceso penal representa. Y especialmente en lo que respecta a la participación de las víctimas en la ejecución de la resolución consideramos que es de especial importancia, ya que uno de los miedos más fuertes de las víctimas de violencia de género es el qué ocurrirá después de la sentencia, de forma que permitiendo que las mismas puedan recurrir resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria supone fortalecer esa confianza en la justicia penal, que ya hemos señalado.

5.6. Consideraciones últimas

Hemos realizado en este capítulo un análisis de las modificaciones más importantes que se han producido a lo largo de la entrada en vigor de la LVIG, empezando por la circunstancia agravante por razón de género. De tal forma que tras su análisis hemos podido comprobar que es necesario un cambio legislativo, en lo que respecta al concepto de violencia de género, de tal forma que se adapte nuestra legislación a los tratados internacionales y así cumpla con los objetivos que éstos establecen. Consideramos así que esta primera modificación en relación a la agravante por razón de género ha dado lugar a resolver aquellos conflictos donde la agravante por razón de sexo no se aplicaba. También dicha agravante ha permitido que en aquellos delitos donde no se agravó la pena con la entrada en vigor de la LVIG, que son los delitos más graves, como el homicidio, asesinato, etcétera, algo que para nosotros, tal como dijimos en su momento, no parece coherente, ya que donde se tiene que agravar la pena es en aquéllos delitos que protegen los bienes jurídicos más importantes, permita agravar la pena, aplicando la circunstancia modificativa de responsabilidad por razón de género.

Otra segunda modificación importante ha sido la perspectiva de género, utilizándose como principio informador del ordenamiento jurídico. Consideramos que en lo que respecta especialmente a juzgar con perspectiva de género es algo que ha supuesto un hito, especialmente en aquellos delitos donde la mujer víctima de violencia de género no había denunciado en su momento y que es en un momento posterior donde decide interponer su denuncia, algo que los jueces venían considerando que por dicha razón el delito de violencia de género no había existido, de tal forma que con juzgar con perspectiva de género ha cambiado. Sin embargo, no somos del todo partidarios de aplicar un lenguaje no sexista estricto, ya que consideramos que no por el hecho de utilizar un masculino que abarca a hombres y mujeres se estaría incurriendo en un "desprecio" al género femenino, sino que, existen otras palabras que abarcan el género masculino y se utiliza el femenino como generalizador.

En lo que respecta a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, es evidente que ha permitido especialmente una mayor especialización de la materia a los titulares de los

mismos y a los operadores jurídicos, de tal forma que las víctimas sean protegidas, entendidas y atendidas desde el primer momento en el que se interpone la denuncia de la manera que se merecen, pues hay que tener en cuenta que muchas de ellas vienen sufriendo una situación de violencia por parte de sus parejas y que por temor a no ser creídas, o a no ser tratadas de la manera correcta, así como por rechazo al sistema jurídico, no han denunciado. Que una persona que se pone en la piel de ellas entendiéndolas, y arropándolas, desde el primer momento, permite que ellas mismas se vean reforzadas en su autoestima, y confíen en el sistema penal. Esto indirectamente acaba influyendo en que las denuncias no se retiren.

Por último, uno de los cambios importantes, como es el Estatuto de la Víctima en materia procesal, poco ha influido en materia de violencia de género, ya que como hemos dicho, la mujer víctima de violencia de género ya tenía reconocidos unos derechos en la LVIG. Ahora lo positivo ha sido el reforzamiento de tales derechos y que los mismos sean recogidos en un único catálogo.

En definitiva, todos estos cambios producidos en el sistema jurídico ha dado lugar a reforzar la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, aunque repito que la importancia reside en una buena aplicación de todos estos cambios por parte de los operadores jurídicos, y que todavía queda mucho por hacer, ya que el número de mujeres víctimas sigue siendo muy elevado en España.

CAPÍTULO 6: La posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

6.1. Introducción

En este capítulo nos vamos a centrar básicamente en responder a si la LVIG es inconstitucional o no, cuestión que se ha presentado en el momento en el que la violencia de género no se aplica a las parejas homosexuales y en el momento en el que la violencia de la mujer hacia el hombre es considerada violencia doméstica. Esto ha dado lugar a que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se pronunciaran al respecto, y por ello hemos analizado sus pronunciamientos para luego exponer nuestra posición.

6.2. ¿Violencia de género o violencia doméstica en las parejas homosexuales?

La LVIG delimita la violencia de género a la ejercida por parte de un hombre contra una mujer con la que ha tenido o tiene una relación sentimental, siendo considerados violencia doméstica todos los demás actos violentos producidos en el seno de la familia. De esta forma, se deja fuera del núcleo de sujetos activos y pasivos a las parejas formadas por dos mujeres o por dos hombres, y tal como hemos podido afirmar en otro momento, se olvida claramente que la violencia de género puede existir contra una mujer o un hombre por parte de su pareja del mismo sexo, ya que han podido haber adoptado el rol que tradicionalmente adopta en las relaciones heterosexuales el hombre y que por lo tanto actúe con la finalidad de discriminar a su pareja.

Con ello, se pone de manifiesto que se trata de una definición concreta de la violencia de género, y que siguiendo a Acale Sánchez, olvidando que si bien con el sexo se nace, el género se aprehende durante la vida[609], y que como señala dicha autora, y

[609] ACALE SÁNCHEZ, M. "Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", Óp. cit., pág. 41.

Maqueda Abreu coincide, "la explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica es la que define la perspectiva de género"[610].

El asunto de los malos tratos en España en las parejas homosexuales no ha sido penalmente desarrollado. Sin embargo, sí lo ha sido en Estados Unidos[611], donde existen ya una decena de informes y servicios sociales volcados en este tema, y se han aprobado leyes donde se reconoce y se combate como violencia doméstica. Somos partidarios de considerar que, tal como señala Barraren Anzueta, la violencia producida dentro de las parejas homosexuales de mujeres se da en un contexto jerárquicamente estructurado[612], aunque nosotros consideramos igualmente que en las relaciones formadas por dos hombres también se adoptan roles de dominación.

Por otro lado existen posiciones doctrinales contrarias, que señalan la necesidad de que no se confunda la violencia de género con cualquier otro tipo de violencia en el ámbito familiar. En realidad, al delimitar lo que es y lo que no es violencia de género, lo que se está haciendo, desde el punto de vista del feminismo, es subrayar la centralidad que tiene el género como principio organizador y normativizador de los sistemas sociales, en este caso de la familia heterosexual, donde se ponen en juego construcciones como maternidad/paternidad, feminidad/masculinidad, etc.[613]. Cuando se pretende que cualquier violencia doméstica sea identificada como violencia de género, lo que se está haciendo es difuminar el concepto de violencia de género[614] para de esa manera hacerlo inefectivo[615].

---

[610] MAQUEDA ABREU, M. "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social*",* Óp. cit., págs. 2-3.
[611] MIGUEL ÁLVAREZ, A. *"*El movimiento feminista: el caso de la violencia contra la mujer", *Revista de sociología*, núm. 61, Madrid, 2003, págs. 127-150.
[612] BARRERE ANZUETA, M. *Discriminación, derechos antidiscriminatorios y acción positiva a favor de la mujer*, Cívitas, Madrid, 1997, pág. 45.
[613] OSBORNE VERDUGO, R. *De la 'violencia' a las 'cifras de la violencia': una cuestión política,* Óp. cit., pág. 116.
[614] GÓMEZ REINOSO, B y BARRIENTOS SILVA, V. *Violencia de género versus violencia doméstica, la importancia de la especificidad*, Óp. cit., pág. 5.
[615] *Ibídem*, pág. 10.

El Tribunal Supremo dictó sentencia 1068/2009, de 4 de noviembre[616], en la que se castigaba a un sujeto que había sido condenado por el artículo 147.1 del Código, ya que entre ellos existía una relación sentimental, aplicando el artículo 620 del Código Penal, argumentándolo de la siguiente forma: "Ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a la Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo"[617]. Lo que viene a señalar el Tribunal Supremo es por tanto la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva de la norma y aplicar la violencia de género a las parejas homosexuales.

En la LO 1/2004 se alude a un sujeto activo varón debido a que deriva de una interpretación literal, tradicional o convencional del concepto de pareja en el que se entiende que si el sujeto pasivo es la esposa, por ende, el sujeto activo debe ser un hombre. Pero no todos los hombres por ser hombres van a ser agresores y por ende no todas las mujeres por el hecho de ser mujer tienen el rol de víctimas[618]. La Ley no contempla las distintas variables que pueden existir dentro de las relaciones de pareja[619], teniendo en cuenta que desde que el matrimonio homosexual entrara en vigor en España, cuando se habla de cónyuge y de relaciones de afectividad se debe hacer referencia al matrimonio, pero sin distinción de sexo.

Para fundamentar la restricción de sujetos activos sólo a hombres, el Tribunal Constitucional se aleja de las finalidades preventivas que había invocado hasta el momento, pese a que podría perfectamente haber mantenido su razonamiento sobre

[616] STS 1068/2009, de 4 de noviembre, Fundamento Jurídico 2.
[617] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 2.
[618] SEVILLA MERINO, J. "Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria", *Colección de cuadernos feministas*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universidad de Valencia, núm. 4, Valencia, 2004, pág. 71.
[619] LASCURAIN SÁNCHEZ, J. "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010", Óp. cit., pág. 329-370.

bases preventivas y señalar, como había apuntado Ruiz Miguel[620], que la diferenciación es lo que precisamente puede aumentar el efecto preventivo, al dirigir el mensaje directamente a los potenciales agresores[621].

Consideramos de especial importancia exponer las razones que da el Tribunal Constitucional de la exclusión de la violencia intragénero de la LVIG, y por qué aplicamos el artículo 153.2 y no el artículo 153.1 del Código Penal[622]. Señala así el Tribunal Constitucional que el principal objetivo de la LVIG es prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer, teniendo como fin por tanto proteger a la mujer en el ámbito que el legislador considera que sus bienes jurídicos como la vida, integridad física y salud están desprotegidos, esto es en las relaciones de conyugales[623]. Y esto es así porque las agresiones a las mujeres son 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", y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja. Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales, los poderes públicos "no pueden ser ajenos"[624].

Por otro lado, desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 del Código Penal y el 153.2 del Código Penal se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse lo que dice la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 en su fundamento jurídico 10, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 del Código Penal incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del

[620] RUIZ MIGUEL, A. "La Ley contra la violencia de género y discriminación positiva", *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2006, pág. 44.
[621] LARRAURIN PIJOAN, E. "Igualdad y violencia de género", Óp. cit., pág. 9.
[622] LARRAURIN PIJOAN, E. "Género, violencia y derecho", Óp. cit., pág. 311-327.
[623] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 5.
[624] *Ibídem*.

caso el que la pena del art. 153.1 del Código Penal pueda rebajarse en un grado "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho", si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 del Código Penal, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 del Código Penal. Asímismo, el legislador permite calibrar "las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho" con la imposición de la pena inferior en grado -art. 153.4 del Código Penal-, que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 del Código Penal[625]. En definitiva, puede llegar a coincidir la pena establecida en el artículo 153.2 con la del 153.1, aunque a la hora de identificar el tipo de violencia, una sea violencia doméstica, en las relaciones homosexuales, y otra violencia de género, sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer.

Así pues, nuestra legislación no está cumpliendo con lo que el Código Civil expone como necesidad de que las leyes se adapten a la realidad social del momento en el que son aplicadas. No se está teniendo en cuenta las nuevas formas o modelos de familia en el ámbito penal, algo que en el ámbito civil si se ha reconocido, dándose una lenta evolución en la protección de los derechos de las víctimas que sufren violencia por parte de sus parejas. De hecho, como señala Martínez García, tras la LVIG no han faltado casos de violencia dentro de las relaciones de afectividad, presentes o pasadas, entre parejas de gays y lesbianas[626].

No podemos considerar que las víctimas de violencia intragénero tengan la misma protección que las heterosexuales por el hecho de que nuestro Código Penal recoja el inciso de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. De hecho, se ha llegado a considerar que el legislador creó este inciso para posibles cuestiones de inconstitucionalidad que pudieran derivarse de la Ley. Pero como bien decimos, no consideramos que con ello esté resuelto el problema, pues por un lado seguiría fuera del supuesto de hecho de la violencia de género, aunque se aplicaría la misma pena que la

[625] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 8.
[626] MARTÍNEZ GARCÍA, E. "Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de lege ferenda, Teoría y derecho", *Revista de pensamiento jurídico*, núm. 5, Madrid, 2009, pág. 7.

violencia en las parejas heterosexuales, y por otro lado no se aplicaría en todas las parejas, ya que habría que demostrar una especial vulnerabilidad y la necesidad de convivencia. Es sabido que la especial vulnerabilidad, y así hemos concluido en páginas anteriores, está relacionada con la enfermedad, edad, y capacidad de los sujetos, lo cual no todas las víctimas tienen que ser especialmente vulnerables. Y evidentemente, si es necesario que exista una relación de convivencia, claro es que entonces la violencia entre parejas sentimentales que no conviven juntas no se les aplicaría dicho inciso y por lo tanto dicha pena.

No entendemos tampoco por qué si la violencia producida en las parejas homosexuales no es considerada violencia de género, por qué la violencia que se produce entre parejas transexuales sí se considera violencia de género. Lo que viene a demostrar que aquí lo importante es el sexo del sujeto, es decir, lo importante es que se sea hombre y mujer, con independencia de que se haya nacido mujer y luego se haya vuelto hombre, cayendo en la grave contradicción de que si cambias de sexo entonces sí actúas movido por cuestiones de relaciones de superioridad, desigualdad, y abusando de las relaciones de poder; ahora bien, si no te cambias de sexo, entonces el sujeto que ejerce la violencia no asume ningún rol. Hay que tener en cuenta que la persona sigue siendo la misma, se haya producido una operación o no. Fijémonos qué ilógico resulta, por ejemplo, una mujer que tiene su pareja mujer y a la que viene maltratando de forma continuada, no es violencia de género; ahora bien, decide cambiarse de sexo, y es entonces cuando sí consideramos que hay violencia de género. Recordemos que la operación es sobre el cambio de sexo, no sobre la mente de la persona.

Tras haber analizado esta cuestión, vamos a analizar ahora la violencia que ejerce una mujer hacia un hombre, y la interpretación que se da al artículo 153 del Código Penal.

6.3. La violencia de la mujer hacia el hombre. Interpretación del artículo 153 del Código Penal

Desde que se crea la LVIG se asiste, como hemos venido viendo, a un conflicto jurídico sobre la delimitación del género del sujeto activo y del pasivo, puesto que la LVIG considera que la violencia de género es solamente la que procede del hombre hacia la mujer, quedando así excluido cualquier otro tipo de violencia que se dé en el seno de la familia, en concreto, la violencia que una mujer puede ejercer sobre un hombre dentro de una relación sentimental presente o pasada. De hecho, desde el punto de vista punitivo, mientras que para la violencia que ejerce un hombre hacia una mujer como maltrato ocasional sería de aplicación el artículo 153.1 del Código Penal, cuando el mismo maltrato es ejercido por parte de una mujer a un hombre también dentro de una relación sentimental presente o pasada sería de aplicación el artículo 153.2 del Código Penal, salvo que pudiera probarse la posible vulnerabilidad del sujeto pasivo y exista convivencia entre ellos, en cuyo caso sería aplicable, aún no considerándose violencia de género, el mismo tipo penal que para ella.

Esto ha llevado a que algunos autores señalen, como Larrauri[627] que si un hombre pega a la mujer se la castiga con una pena mayor, pero si una mujer pega al hombre se le castiga con una pena menor. De hecho, esto produce un conflicto en torno a la posible inconstitucionalidad de la LVIG, ya que se pude considerar que viola el artículo 14 de la Constitución Española, porque para unos mismos hechos se imponen penas distintas.

No podemos dejar de obviar, como señalan algunos autores, que el artículo 153 del Código Penal recoge la expresión "el que" cuyo pronombre puede ser considerado neutro y abarca tanto a hombres como a mujeres[628] y además el inciso de persona especialmente vulnerable que la Ley señala permite aplicar el precepto con independencia del sexo del sujeto activo y pasivo, cuya corriente doctrinal considera que no se estaría violando en ningún caso la Constitución Española[629]. Sin embargo,

[627] LARRAURI PIJOAN, E. "Igualdad y violencia de género", Óp. cit., pág. 3.
[628] OSBORNE VERDUGO, P. *De la 'violencia' (de género) a las 'cifras de la violencia': una cuestión política*, Empiria, Madrid, 2008, pág. 116.
[629] LARRAURI PIJOAN, E. "Igualdad y violencia de género", Óp. cit., pág. 3.

consideramos que el inciso del precepto cuando señala "el que" va referido solamente a hombres, puesto que basándonos en el artículo 1 de la LVIG la finalidad de la misma es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas (…)[630]. Como se puede observar la finalidad de la LVIG es clara, por lo que el precepto introducido a partir de la misma tiene que ser interpretado atendiendo a la finalidad de dicha Ley[631].

Por otro lado, en lo que respecta a que estas personas pueden ser introducidas dentro del inciso de persona especialmente vulnerable, evidentemente es algo afirmativo, que el legislador, como ya dijimos en páginas anteriores, creó para silenciar las posibles cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, no resuelve el problema, dado que para poder aplicar el mismo precepto en caso de maltrato ocasional de violencia de género a uno de violencia ejercido por parte de una mujer a un hombre, es necesario que se demuestre la posible vulnerabilidad del hombre, como apuntábamos para el supuesto de maltrato en parejas homosexuales, y por otro lado, es necesario que además exista una convivencia, lo cual, en el mismo momento en el que el hombre es vulnerable, pero no existe convivencia con la mujer, queda fuera de toda duda que la pena para los casos de violencia de género no se podría aplicar, en concreto en el supuesto de maltrato ocasional, no se podría aplicar el artículo 153.1 del Código Penal[632].

Como vemos, esto puede llegar a considerarse que viola el artículo 14 de la Constitución Española, ya que se imponen, para un mismo supuesto de hecho, penas distintas en función del sexo del sujeto activo y pasivo. Ya dijimos al comienzo del trabajo que el artículo 14 de la Constitución Española es un derecho subjetivo que obliga a los poderes públicos tratar de la misma manera ante supuestos de hecho idénticos a las personas[633], considerando el Tribunal Constitucional que solo se podrá tratar de manera diferente siempre que sean por causas objetivas y proporcionadas,

---

[630] GIMENO REINOSA y BARRIENTOS SILVA, V. *Violencia de género versus violencia doméstica,* Óp. cit., pág. 5.
[631] LARRAURI PIJOAN, E. *Igualdad y violencia de género,* Óp. cit., pág. 3.
[632] DOPICO GÓMEZ-ALLER, M. *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal,* ADP Código Penal, Madrid, 2004, pág. 170.
[633] STC 200/2001, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 4.

debiendo mostrar las posibles diferencias "un fin discernible y legítimo, que tendrá que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas"[634]. De hecho, el Tribunal recoge que sería inconstitucional que existan tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que el artículo 14 de la Constitución Española prohíbe[635]. Ahora bien, el propio Tribunal mantiene que es posible, y de hecho se ha admitido, que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser usados de forma excepcional como un criterio de diferenciación jurídica, si en tales casos el canon de control, "al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación"[636]. De esta forma, la diferencia normativa que el legislador en materia de violencia de género recoge, castigando unas agresiones más que otras, es porque entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen; en otras palabras, es más grave y reprochable socialmente la violencia que ejerce un hombre hacia una mujer que la que se ejerce por parte de una mujer hacia un hombre.

Ahora bien, para entenderlo mejor, es posible que exista una vulneración lícita del artículo 14 de la Constitución Española, y por lo tanto se den tratamientos diferenciados basándose en las causas en que se prohíbe la discriminación, siempre y cuando tenga una justificación objetiva y proporcionada. De esta forma, el Tribunal Constitucional recoge que se encuentra justificado objetivamente que se impongan penas distintas para un supuesto de hecho de violencia en función del sexo de los sujetos dado que como hemos dicho, el reproche social que tiene la violencia de género no la tiene la violencia que ejerce una mujer hacia un hombre. Ahora bien, visto que el dicho Tribunal considera que tiene una justificación objetiva, planteamos ahora si es proporcional o no.

[634] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 6.
[635] STC 200/2001, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 4.
[636] STC 126/1997, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 8.

La LVIG tiene como finalidad principal prevenir las agresiones en el ámbito de la pareja como manifestación de la situación de dominio del hombre sobre la mujer, teniendo como pretensión proteger a la mujer, en un ámbito que como dice el Tribunal Constitucional, en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales[637]. De hecho, la exposición de motivos y el artículo 1 de la LVIG son claros al respecto cuando se señala que se tiene por objeto dicha Ley actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y de 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, justificando tal finalidad en el incremento de las agresiones que las mujeres vienen sufriendo a manos de sus maridos, y en la peculiar gravedad de la violencia de género, símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, ejercida sobre las mujeres por el mismo hecho de ser mujer, y considerarla los agresores seres carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión. Siendo además la violencia de género, uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales más relevantes, como son la vida, la igualdad, la seguridad, la no discriminación y la libertad. Y es por ello por lo que el legislador, al entender que estos bienes no están suficientemente protegidos dentro de las relaciones de pareja, estima necesario luchar contra las mismas. De hecho, dice el Tribunal Constitucional que no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad[638].

De esta forma, el Tribunal Constitucional, a lo que nosotros también nos sumamos, considera que se trata de una diferenciación normativa que está justificada objetivamente, es razonable y además proporcional. Consideramos así que la sanción

[637] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 8.
[638] STC 12/2008, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 5.

que se impone no es en función del sexo sino que la diferencia punitiva de castigar unos hechos más graves que otros reside en considerar que es una forma de atacar un tipo de violencia que viene siendo una lacra social justificándose en la violencia y en la desigualdad, existiendo una proporcionalidad, ya que solo concurriría una desproporción constitucionalmente reprochable cuando quepa apreciar entre ellos un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable… a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"[639].

Por último, hay que señalar que en los tipos penales, como ocurre en el maltrato ocasional del artículo 153.1 del Código Penal, la pena que se impone al sujeto activo cuando éste es un varón y el pasivo una mujer es de seis meses a un año, mientras la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un varón -art. 153.2 del Código Penal-. La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del art. 153.1 del Código Penal queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del art. 153.2 del Código Penal[640].

Por otro lado, a tales agresiones no se les aplican, salvo los caos de especial vulnerabilidad, el artículo 153.1 del Código Penal sino el 153.2 del Código Penal. Pero, sin embargo, aunque no sean consideradas violencia de género, y aunque no tengan la misma pena que las agresiones de un hombre hacia una mujer dentro de una relación sentimental presente o pasada, pueden llegar a coincidir las mismas, dado que el Código Penal en el artículo 153.4 del Código Penal permite que el juez o tribunal pueda modular la pena, señalando que, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 del Código Penal.

[639] STC 55/1996, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 9.
[640] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 4.

Vamos ahora a realizar un análisis del argumento que sigue el Tribunal Constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada de la LVIG.

6.4. Postura del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Hemos considerado conveniente acabar el trabajo realizando un análisis de lo que el Tribunal Constitucional expone en lo relativo a la posible inconstitucionalidad de la LVIG.

De esta forma, el Tribunal Constitucional se pronuncia en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad procedente del Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, ya que entendía que se estaban infringiendo los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución Española al establecer una discriminación por razón de sexo que provendría de la definición de los sujetos activo -varón- y pasivo -mujer- en el art. 153.1 del Código Penal y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado.

La primera duda que empieza resolviendo el Tribunal Constitucional es en torno a la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española y del principio de culpabilidad. Así pues la diferenciación de la pena del artículo 153 del Código Penal, entre el apartado primero y el apartado segundo, se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del art. 153.1 del Código Penal queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del art. 153.2 del Código Penal.

La magistrada que presenta la cuestión de inconstitucionalidad presenta dos precisiones:

a. La primera se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que

cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. En este caso la magistrada señala que debería de incorporarse una autoría femenina al delito, ya que el artículo 153.2 solo dice "el que" entendiéndose como significado neutro, y además, es posible que las relaciones sentimentales se den entre personas del mismo sexo.

b. La segunda se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 del Código Penal de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

El Tribunal Constitucional, en lo relativo a la violación del artículo 14 de la Constitución Española al que ya nos hemos referido anteriormente, señala que los poderes públicos tienen la obligación de tratar por igual a los iguales, y es posible que exista una desigualdad basada en la discriminación positiva, de tal forma que exista una discriminación basada en una causa que el legislador prevé como inconstitucional pero que debido a la necesidad de proteger a los grupos sociales que se encuentran desprotegidos frente a otros grupos sociales se adopten medidas que discriminan, pero que tratan de conseguir una igualdad real y efectiva. Todo ello partiendo de que es necesario que tal discriminación legítima sea analizada y cumpla con que la misma esté justificada por causas objetivas y razonables, y además sea proporcional a los fines que se persiguen.

Así el Tribunal Constitucional, y reiterando lo dicho en el apartado anterior, estima que en la violencia de género el legislador no castiga en función del sexo en sí de los sujetos activo y pasivo, sino que lo toma en consideración para agravar más unas conductas que otras. Es el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Se trata así de castigar con más pena unos hechos que el legislador considera más graves, porque constituyen una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad[641].

[641] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 9.

De hecho, nosotros consideramos que lo que el legislador castiga es una conducta que trata de eliminar y que está arraigada en nuestra sociedad tan firmemente que es muy difícil acabar de pleno con ella. El legislador español está además realizando las modificaciones legislativas necesarias para cumplir con los objetivos de los acuerdos internacionales, como es el Convenio de Estambul.

Además, el Tribunal Constitucional considera que la diferencia punitiva no es desproporcionada, ya que toma en cuenta la causa de dicha diferencia como la cuantificación de la misma, de tal forma que habrá de constatar "la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que se está persiguiendo". De esta forma, solo existe una desproporción que es reprochable desde un punto de vista constitucional cuando quepa apreciar entre ellos "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable (…) a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"[642].

De tal forma que, desde el punto de vista punitivo, la diferencia entre el artículo 153.1 y 153.2 del Código Penal se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 del Código Penal incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 del Código Penal pueda rebajarse en un grado "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho", si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 del Código Penal, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 del Código Penal"[643] (...) Además, teniendo en cuenta esta variedad de recursos que el legislador pone a disposición del Juez, hay que destacar que si la víctima es una persona especialmente vulnerable, a pesar de que la misma sea un hombre, derivado de un delito de su pareja del mismo sexo o de una mujer, si se

[642] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 10; STC 55/1996, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 9.
[643] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 10.

demuestra la vulnerabilidad y la convivencia entre ambos, la pena fijada es la misma. Asimismo, el legislador permite calibrar "las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho" con la imposición de la pena inferior en grado, recogido en el artículo 153.4 del Código Penal, que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 del Código Penal".

Nosotros, sin embargo, no estamos del todo de acuerdo con la afirmación señalada, es decir, el que el legislador utilice la formula de persona especialmente vulnerable no resuelve nada, dado que, mientras que para las parejas heterosexuales no es necesario probar una posible vulnerabilidad y no es necesario tampoco que exista convivencia entre los sujetos, en cualquier otra relación es necesario que se cumpla, lo cual no es algo equiparable, dado que, como ya hemos señalado, en una pareja homosexual o cuando la agresión es de la mujer a un hombre, no concurre automáticamente la pena de la violencia de género.

En lo relativo al principio de culpabilidad, se pregunta el tribunal si no se estaría atribuyendo al varón "una responsabilidad colectiva como representante o heredero del grupo opresor"[644]. La "Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal"[645] como derivación de la dignidad de la persona y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede "imponerse al sujeto responsable del ilícito penal[646] no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos" y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría "dolo, culpa o negligencia grave y culpa o

644 *Ibídem*, Fundamento Jurídico 11.
645 STC 150/1991, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 4, también STC 44/1987, de 9 de abril, Fundamento Jurídico 2; STC 150/1989, de 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 3; STC 246/1991, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 2.
646 STC 92/1997, de 8 de mayo, Fundamento Jurídico 3; STC 146/1994, de 12 de mayo, Fundamento Jurídico 4 b).

negligencia leve o simple negligencia"[647]. Por tanto, el legislador no está sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el desvalor de su propia y personal conducta.

De esta forma, el Tribunal Constitucional concluye que la LVIG no es una ley inconstitucional y por ende no está violando la Constitución Española, sino que es fruto de la necesidad que tiene el legislador de acabar con unas conductas más reprochables socialmente. Y además, la diferencia penal que existe entre unas conductas y otras reside en eliminar los obstáculos que están impidiendo conseguir a la mujer una igualdad real y efectiva respecto del sexo masculino. Por ello mismo, la diferencia de tratamiento está justificada y es razonable, además que lo que viene a señalar el Tribunal Constitucional es que el legislador presenta otra serie de recursos como es el ya señalado inciso, persona especialmente vulnerable, y por ende no quedan desprotegidas las conductas que no son consideradas violencia de género.

6.5. Consideraciones últimas

Como hemos visto, en este capítulo nos hemos centrado en lo que expone el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o no de la LVIG. Aunque muchos de los argumentos los hemos utilizado a lo largo del trabajo, hemos considerado que era bueno reunirlos en un mismo punto para tener una visión más específica y clara.

Antes de la exposición de lo que el Tribunal Constitucional señala, nos hemos centrado en los dos supuestos de hecho que la violencia de género no considera como tal, es decir, la violencia dentro de las parejas homosexuales y la violencia de una mujer hacia un hombre con el que ha mantenido o mantiene una relación sentimental.

Desde nuestra perspectiva, y es algo que venimos exponiendo a lo largo de todo el trabajo, es claro que el legislador se olvida de que existen otras formas de relaciones sentimentales, como son las parejas homosexuales. Relaciones en las que las parejas asumen roles tradicionales, donde uno de los sujetos hace de hombre y el otro de mujer.

[647] STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 11; STC 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 4; STC 164/2005, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 6.

Es evidente que la asunción de roles no da lugar a ejercer una violencia machista donde opere en base a una discriminación o situación de desigualdad; sin embargo, y ya hemos señalado en otro capítulo, la violencia de género tampoco debe operar de forma automática, ya que no todo hombre que ejerce una violencia sobre la mujer tiene por qué basarse en tales adjetivizaciones. Por ello mismo, y así dijimos anteriormente, es conveniente que sea analizada la conducta por el juzgador para determinar si la violencia se ejerció basada en una discriminación o diferencia de poder. Así, de esta forma, debería de analizarse cuándo la violencia la ejerce un hombre o una mujer sobre otra persona del mismo sexo. Sin embargo, a pesar de esto, estoy de acuerdo en considerar que no se puede utilizar la violencia de género para calificar todo, ya que no es un comodín, sino un elemento de protección para responder ante el incremento de mujeres maltratadas en manos de sus parejas. Por ello mismo, somos partidarios de considerar que, ya sea en el caso de las parejas homosexuales o cuando la violencia la ejerce una mujer hacia un hombre, la misma sea violencia doméstica. Ahora bien, creo necesario que el legislador realice ciertas modificaciones al respecto.

Por un lado, en lo relativo a las parejas homosexuales, que se adopte una legislación complementaria que recoja un elenco de medidas de detección y protección semejantes a las de la violencia de género, ya que los recursos de los que disponen las mujeres son mucho mayores que los recursos de los que disponen aquellas víctimas de violencia por parte de sus parejas del mismo sexo. No podemos obviar que la sociedad ha cambiado, que los nuevos modelos de familia se han implantado ya, y que si en el ámbito civil estos modelos están presentes a la hora de legislar, creemos que es necesario que en el ámbito penal lo estén igualmente.

Por otro lado, en lo relativo a la violencia que se ejerce por parte de una mujer hacia un hombre, reitero lo dicho anteriormente. No podemos denominar violencia de género a tales conductas; de hecho, creemos que sería volver un paso atrás, es decir, volveríamos a denominar cualquier tipo de violencia producida en el seno de la familia de la misma manera, y eso antes de la entrada en vigor de la LVIG ya lo teníamos, denominando toda violencia producida en el ámbito familiar como violencia doméstica o intrafamiliar. Sería por lo tanto ocultar de nuevo la violencia de género. Sin embargo,

tampoco podemos dejar a un lado que el maltrato por parte de una mujer hacia un hombre existe, y que esto ha sido probablemente fruto de un nuevo cambio social, es decir, de la entrada en el mercado laboral de las mujeres, del papel que las mismas ya están jugando en estos nuevos modelos de familia. Es por ello por lo que, manteniendo la denominación de violencia de género, sería conveniente adoptar medidas de detección así como poner a disposición del sexo masculino elementos que permitan darles el apoyo necesario para, especialmente, iniciar la denuncia, ya que, como es sabido, la vergüenza y el miedo a no ser creído hacen que el hombre en estas circunstancias muy pocas ocasiones inicie un proceso judicial.

En lo que respecta a las penas, he de señalar que los recursos que el legislador español presenta son totalmente válidos, no existe una diferencia punitiva muy grande entre unas agresiones y otras; de hecho, ya hemos visto la cláusula de cierre cuando señala que el juez podrá modificar la pena teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto activo. Sí es cierto que no estoy de acuerdo en considerar que la violencia entre parejas transexuales sea considerada violencia de género imponiéndole la misma pena que a ellas. Pero no estoy de acuerdo, no por considerar que no pueda existir dicha violencia, sino porque no tiene por qué ser violencia de género si hay cambio de sexo de hecho, como puse de manifiesto anteriormente. Considero que si a las parejas homosexuales no se les da el tratamiento de la violencia de género, tampoco debería de serles dado a las parejas transexuales. Creo que existe aquí un tratamiento diferenciado que sí podría ser objeto de estudio por una posible vulneración del Derecho a la Igualdad.

CONCLUSIONES

La LVIG ha supuesto un punto de inflexión dentro de nuestra sociedad en lo relativo a la violencia de género, ya que se trataba de un problema que venía ocultándose a través de otras formas de violencia. Sin embargo, la creación de la citada Ley no ha estado libre de polémicas, tal y como hemos visto, sino que ha dado lugar a un conflicto doctrinal donde se ha llegado a plantear la posible inconstitucionalidad de la misma, basándose en una violación del Derecho a la Igualdad. Nosotros hemos querido dar una respuesta a dicha pregunta. Pero, para ello, hemos de presentar antes una serie de conclusiones a las que hemos llegado con este trabajo de investigación.

En primer lugar, hemos considerado de especial importancia empezar por el principio de todo es decir, por el concepto de Derecho aplicable. En este trabajo de investigación hemos presentado varias concepciones del concepto de Derecho aplicable manifestadas por Santo Tomás de Aquino, Locke, Kant, Kelsen o Hart. Sin embargo nosotros, consideramos que el Derecho aplicable es el conjunto de normas que restringen la libertad de las personas, con la finalidad de que podamos vivir en armonía dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. Se trata así de normas que, muchas de ellas están ligadas a una sanción, es decir, presentan un elemento coactivo con la finalidad de que en caso de incumplimiento de las mismas se sancione a las personas, obligándolas a cumplirlas. Nos inclinamos por una visión del concepto de Derecho aplicable más próxima a la línea que Santo Tomás de Aquino mantiene, esto es, el Derecho aplicable como conjunto de normas coactivas que limitan la libertad de las personas, teniendo que ser estas normas justas, y para conseguir que sean justas deben ser aplicadas por igual a todos los ciudadanos, y por los mismos juzgadores, con independencia de la ideología, religión, clase social, sexo, etcétera.

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico contiene normas que no se aplican por igual a todos los sujetos, véase el caso de la LVIG. Así pues, como hemos tenido ocasión de examinar a lo largo de este trabajo de investigación, la violencia que se ejerce por parte de un hombre contra una mujer dentro de una relación sentimental no comporta la misma sanción que la violencia que ejerce una mujer hacia un hombre en el

mismo contexto, lo que ha dado lugar a muchas críticas por parte de la doctrina, tal y como hemos visto, dado que hay voces que mantienen que se está vulnerando el Derecho a la Igualdad.

Así pues, dado que el eje principal de nuestro trabajo es la violencia de género y esto está totalmente unido con el Derecho a la Igualdad, hemos procedido a un análisis del mismo. El Derecho a la Igualdad es un Derecho Fundamental que se recoge en el artículo 14 de la Constitución Española, y que se encuentra fuera de la Sección Primera, y dentro del Capítulo II del Título I de la Constitución Española. En otras palabras, se trata de un Derecho Fundamental que no está dentro del bloque de los Derechos Fundamentales, como son los del artículo 15 al 29 de la Norma Fundamental. Lo cual nos planteamos aquí la cuestión de: ¿el Derecho a la Igualdad es o no un Derecho Fundamental?

Hemos de partir de la consideración de que la Igualdad no solo se recoge en el artículo 14 de la Constitución Española, sino que además en el artículo 1.1 de dicho texto legal se define como un valor superior del ordenamiento jurídico. Y, adicionalmente, el artículo 9.2 de la Constitución Española lo señala como un principio constitucional. De esta manera tenemos que la Igualdad es un Derecho, un valor superior del ordenamiento jurídico y un principio constitucional. Así pues, el Derecho a la Igualdad es un Derecho que, teniendo en cuenta la estructura de la Constitución Española, no sería un Derecho Fundamental. Sin embargo, lo que le convierte a este Derecho en Fundamental es que se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico y de un principio constitucional, y se presenta dentro de la Constitución Española como pórtico de entrada a los Derechos Fundamentales y a los demás Derechos y Libertades que la Constitución Española recoge, ya que no se puede vulnerar la Igualdad de forma separada e independiente, sino que está siempre relacionada con los demás Derechos que la Constitución Española reconoce, ampara y tutela.

En definitiva, el Derecho a la Igualdad es un Derecho Fundamental porque se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico y de un principio constitucional. De hecho, se puede observar cómo la intención del legislador era ésa, al recoger en el

artículo 53.2 de la Constitución Española que cualquier ciudadano podrá pedir la tutela de los Derechos y Libertades recogidos en el artículo 14 y en la Sección Primera, Capítulo II del Título I de la Constitución. Es evidente que el legislador engloba el Derecho a la Igualdad como Derecho Fundamental al citarlo junto con el resto de los Derechos Fundamentales en el artículo 53.2 de la Norma Fundamental. Además, la importancia de este Derecho es tal, que sin el mismo no estaríamos ante un Derecho justo, porque las leyes se aplicarían según el sujeto al cual van dirigidas. Y si no estamos ante un Derecho justo, tampoco estaríamos ante las bases de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Volviendo a la cuestión de ¿por qué existen normas que no se aplican por igual a todos los ciudadanos?, evidentemente el primer pensamiento que nos viene es que, si una norma no es igual para todos los ciudadanos, la misma debería de ser expulsada del ordenamiento jurídico, ya que estaríamos ante un Derecho totalmente injusto. Pero, nuestra Constitución Española contiene en el artículo 9.2 que los poderes públicos deberán promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas. En otras palabras, se podría discriminar a las personas y aplicar las normas de forma distinta, si está justificado y es razonable, es decir, los poderes públicos para conseguir la igualdad pueden discriminar al grupo social que se encuentra en situación de ventaja respecto del grupo social desfavorecido. Este mecanismo es denominado como discriminación positiva.

Así pues, nuestro Derecho puede contener normas jurídicas que no se apliquen por igual a todas las personas, y esto no le convierte en un Derecho injusto sino, todo lo contrario, para que hablemos de un Derecho justo deben existir Leyes que traten por desigual a los desiguales.

Para analizar, entonces, si estamos ante un caso de discriminación positiva o, de lo contrario, ante una norma injusta, que está tratando “desigual a los iguales”, hay que analizar si los hechos son idénticos o similares, es decir, ante situaciones de hecho idénticas se trata de forma distinta; se analiza el término comparativo, es decir, se aporta un adecuado término de comparación; posteriormente se debe valorar si la finalidad del

tratamiento diferenciado es legítima o es fruto de una actuación arbitraria de los poderes públicos; se valora también si es congruente, esto es, si existe congruencia entre la situación discriminatoria y el fin que se persigue con la situación de desigualdad; en otras palabras, debe haber una relación directa y razonable con la finalidad perseguida. Y, por último, tiene que ser proporcional la discriminación con el objetivo que se persigue. De esta manera, se puede valorar si la potestad que tienen los poderes públicos para llevar a cabo la discriminación positiva está dentro de la legalidad o, de lo contrario, se trata de una discriminación arbitraria.

Por lo tanto existen, tal como hemos señalado, normas que son justas a pesar de ser aplicadas de forma distinta en función del sujeto al cual van dirigidas. Esto nos lleva a concluir que, las Leyes que se dirigen a proteger a las mujeres, entre ellas la LVIG, fruto de la acción positiva y son el resultado de la potestad que tienen los poderse públicos para eliminar los obstáculos que impiden que la igualdad entre el hombre y la mujer se consiga.

Por otro lado, como hemos tenido ocasión de analizar, la desigualdad de sexos no es algo que haya aparecido en la sociedad de forma sorpresiva, sino que esto se remonta al año 3000 a. C., donde ya la mujer estaba en una situación de desigualdad frente al hombre y cuyos vestigios a día de hoy siguen viéndose. Cierto es que, en el caso de España, los avances en materia de igualdad sufrieron un frenazo tras la Guerra Civil española y el régimen dictatorial. Pues consideramos así que, mientras que los países europeos avanzaban en materia de igualdad, especialmente tras la Revolución Francesa, cuyas ideas penetraron en la sociedad española durante el siglo XIX, las mismas se vieron silenciadas por sucesivas dictaduras en el siglo XX. Por lo tanto, la influencia de esta etapa histórica fue muy negativa en lo que a la igualdad entre hombres y mujeres representa y, a su vez, esto ha influido en la sociedad actual, ya que esta etapa es bastante reciente históricamente hablando, y los pensamientos que se enraizaron en este momento siguen manifestándose en una parte de la sociedad española, especialmente en la parte de la población que durante esos años vivió y que se ha trasladado a sus descendientes.

Este pensamiento machista ha manifestado a través de la violencia de género. Sin embargo, la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer dentro de una relación sentimental no siempre ha sido calificada así, antes se la conocía como violencia intrafamiliar o violencia doméstica, hasta que en el año 2004, con la entrada en vigor de la LVIG, se proclama el concepto de violencia de género y se realiza una diferenciación con respecto a la violencia doméstica. Cabe recordar así que la violencia doméstica, a pesar de que a día de hoy todavía la sociedad no la tiene claramente diferenciada con respecto de la violencia de género, es aquélla violencia ejercida en el seno de la familia y cuyo sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona. Ahora bien, cuando la violencia se ejerce por parte de un hombre contra una mujer dentro de una relación sentimental presente o pasada, se denomina violencia de género. Sin embargo, nosotros hemos tenido ocasión de observar con este trabajo de investigación que existen conductas que requieren también una especial protección, como es la violencia que se ejerce sobre personas de edad avanzada, que no quedan bien protegidas con el Derecho que actualmente tenemos.

Cabe señalar que la violencia contra las personas de edad avanzada puede ser considerada desde violencia genérica hasta violencia de género pasando por violencia doméstica, dependiendo del sexo del sujeto activo y pasivo y de la relación existente entre ellos. Y esto nos conduce a dos conclusiones: la primera, no existe una definición por parte del legislador de persona especialmente vulnerable, lo que hace que se dude cuando una persona es considerada especialmente vulnerable debido a su edad. La falta de respuesta por parte del legislador hace que la mayoría de la doctrina entienda que se trata de aquellas personas que han superado la edad de jubilación, es decir, a partir de los 65 años. Sin embargo, no toda persona mayor de esta edad se podría considerar persona especialmente vulnerable y ocurre también lo contrario, personas que no tienen una edad por encima de la edad de jubilación son personas especialmente vulnerables. Pero también existe otro problema asociado a la jubilación y es que hay colectivos profesionales que permiten que la jubilación se produzca a partir de los 55 años, y ocurre también que es posible ampliar la edad de jubilación a partir de los 70 años. Esto determina que el criterio de la jubilación sea un criterio muy mecánico y discriminatorio. Así, ante la falta de definición y a la espera de que el legislador resuelva

esta cuestión, consideramos que aquellas personas mayores de 65 años son personas especialmente vulnerables; por debajo de esa edad, estén o no jubiladas, habrá que valorar las condiciones físicas y psíquicas que presentan y considerarlas como persona especialmente vulnerable por su salud o incluso discapacidad.

De esta forma, cuando la violencia se produce en el seno de la familia por parte de una persona sobre un sujeto de edad avanzada se considera violencia doméstica, y si procede de un hombre con el que la mujer tiene una relación sentimental sería violencia de género. Esto es evidente con las dos diferenciaciones claras que hemos presentado en este trabajo de investigación. Pero ¿qué ocurre con los profesionales que ejercen maltrato sobre estas personas de edad avanzada? Cuando existe convivencia entre el profesional y el sujeto, como sería el caso de aquel maltrato que se ejerce en una residencia o por sus cuidadores en el domicilio de la víctima, debería ser considerado violencia doméstica. También consideramos que es importantísimo que el legislador adopte un plan de medidas para detectar las situaciones de violencia sobre este colectivo, pues, como se sabe, se trata de personas altamente desprotegidas, sin suficientes recursos físicos y psíquicos para denunciar. Así, también, en el caso de la violencia que se produce en las residencias, es evidente que se hace necesario un control mucho más estricto para detectar inmediatamente estas situaciones.

En definitiva, es necesario que el legislador establezca una edad concreta para determinar cuándo estamos ante personas de edad avanzada, pero también es de especial importancia reforzar las penas o incluso crear tipos penales específicos que vayan dirigidos a proteger a este colectivo, que se encuentra en total indefensión.

Por otro lado, hemos tenido ocasión de observar cómo la violencia que se ejerce por parte de un hombre contra una mujer fuera de una relación sentimental no se considera violencia de género, y si entre ellos además no existe ningún tipo de relación familiar tampoco se denomina violencia doméstica. Esto es algo que, desde nuestra perspectiva, consideramos que representa una brecha importante en nuestro ordenamiento jurídico. Debemos de partir del concepto que la LVIG presenta de la violencia de género, es decir, aquella violencia ejercida como manifestación de una situación de discriminación,

desigualdad o de las relaciones de poder del hombre sobre una mujer con la que ha tenido o mantiene una relación sentimental. De tal forma que en base a nuestro Derecho la violencia que se ejerce fruto de una situación machista solo podría darse cuando entre el hombre y la mujer existe una relación sentimental. Creemos que resulta erróneo. De hecho el Convenio de Estambul condena toda aquella violencia que se ejerce sobre la mujer en cualquier contexto de la vida social.

No podemos ignorar que la violencia machista no únicamente se produce entre parejas o ex parejas, sino que se puede producir en cualquier contexto de la vida social. Ejercer conductas agresivas por un hombre por considerar a la mujer carente de derechos, como un ser despreciable, se puede producir y de hecho se ha producido en cualquier contexto. Podemos señalar como ejemplos los casos de Laura Luelmo, joven asesinada por su vecino, o el caso de Diana Quer, joven asesinada por un hombre al volver de las fiestas de su pueblo. Se trata de casos en los que el hombre ha cometido el delito abusando de una situación de superioridad y fruto de considerar a la mujer como un ser carente de derechos. De hecho, se manifiesta en la forma de dejar el cadáver, tirado en el bosque como es el caso de la primera, o metido en un pozo, como es el caso de la segunda. Es por ello por lo que el legislador no puede obviar que la violencia de género no solo se produce dentro de una relación sentimental sino en cualquier contexto de la vida social. Además, se trata de una violencia que ejerce el hombre porque está abusando de una relación de poder y porque considera a la mujer como un ser que no merece respeto, manifestándose así en la forma de dejar el cuerpo, en las agresiones sexuales que sufren antes de ser asesinadas, o en el sufrimiento al cual son sometidas durante las agresiones.

Además, tal como hemos visto, España no está cumpliendo los compromisos internacionales: véase el caso del Convenio de Estambul que define la violencia sobre la mujer como aquella violencia que un hombre realiza sobre ella, ya sea en la esfera pública o privada. España, por su parte, se ha apartado de tal definición, lo que hace que muchos casos de violencia hacia las mujeres no se contabilicen como casos de violencia de género al no haber existido o existir una relación sentimental entre la víctima y el agresor. No es necesario recordar que cuando un Estado ratifica un compromiso

internacional es para proceder a su cumplimiento, tal y como lo ha hecho España en lo que a la agravante de género se refiere.

En lo que respecta a la agravante de género, se trata de una circunstancia modificativa de responsabilidad que consolida aquellos tipos penales que no se han reforzado con la violencia de género, como es, por poner un ejemplo, el asesinato. No podemos obviar que esta agravante permite que se aplique a aquellos delitos que ha realizado el hombre contra una mujer fuera de una relación sentimental, es decir, aquellos casos que nosotros reclamamos que tengan la misma protección y la misma consideración que la violencia de género, pero esto no resuelve el problema. La violencia de género, desde nuestro punto de vista, no solo se produce en el seno de una pareja o ex pareja, sino en el momento en el que el hombre ejerce una agresión contra la mujer movido por una situación de discriminación o abusando de las situaciones de desigualdad existentes entre ellos.

Cierto es que no podemos aplicar la agravante de forma automática, sino que se debe realizar un trabajo de investigación para saber si el hombre ha cometido el delito como manifestación de una desigualdad o abusando de las relaciones de poder, y para ello es necesario estudiar el contexto en el que se han producido las agresiones y cuál ha sido el trato que ha recibido la mujer durante y posteriormente a la agresión. Por poner un ejemplo, no es lo mismo, aunque la gravedad sea la misma, una agresión mutua entre dos personas que una agresión física o psíquica que la mujer viene recibiendo durante tiempo, o incluso una agresión que acaba en asesinato donde el asesino oculta el cadáver durante tiempo.

En definitiva, es importantísimo que España cumpla el Convenio de Estambul y amplíe el concepto de violencia de género a cualquier violencia que ejerce un hombre sobre una mujer en cualquier contexto de la vida social que se realice como manifestación de una situación de discriminación o abusando de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.

Como se puede observar, luchar contra la violencia de género no es tarea fácil y no se trata de una tarea acabada. Quedan muchas fisuras que hay que resolver, como también es el caso de la violencia que se produce en el seno de las parejas homosexuales, ya que existe, a nuestro parecer, una contradicción en el ordenamiento jurídico español. No se puede entender cómo el Código Civil manifiesta en el artículo 3.1 que las leyes deberán de adaptarse a la realidad social del momento en el que se tienen que aplicar y sin embargo la legislación no considera violencia de género la violencia que se produce dentro de las parejas homosexuales. Hemos tenido ocasión de ver cómo hay posiciones doctrinales que mantienen la postura de que no se podría denominar a estas agresiones cómo violencia de género porque la intención del legislador a la hora de crear la LVIG era acabar con aquellas conductas que son consideradas más graves y reprochables socialmente. Sin embargo, hemos tenido ocasión de ver cómo existen posturas que consideran que la violencia de género también se puede producir dentro de las parejas homosexuales, ya que las mismas adquieren roles que hacen que, por ejemplo, un hombre con el rol masculino ejerza violencia sobre un hombre con un rol femenino.

Desde nuestra perspectiva consideramos que, si bien es cierto que las leyes deberán de adaptarse a la realidad social del momento que se tienen que aplicar, y actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce el matrimonio de personas homosexuales, el considerar violencia de género a las agresiones que se dan dentro de este tipo de parejas sería contraproducente porque volveríamos a caer en el error de considerar que cualquier agresión entre dos personas es violencia de género, algo que sucedía cuando esta violencia era considerada violencia doméstica.

Sin embargo, no consideramos que se esté respetando el Derecho a la Igualdad cuando se reconoce que la violencia que se ejerce dentro de las parejas transexuales, esto es, cuando el sujeto activo es un hombre (aunque hubiera sido una mujer al nacer) y el sujeto pasivo es una mujer (aunque hubiera sido un hombre al nacer), sea violencia de género. Creemos que, si se reconoce que en las parejas transexuales puede existir violencia de género también se debería de considerar en las parejas homosexuales, puesto que en aquéllas parejas donde un hombre que originariamente era una mujer

ejerce violencia sobre una mujer no tienen por qué merecer un reproche social ni ser conductas más gravosas que aquella violencia que ejerce una mujer que no ha sufrido cambio de sexo frente a otra mujer. En otras palabras, el cambio de sexo no da lugar al cambio de persona, pues en su esencia es lo mismo, una mujer que ahora es un hombre y que agrede a su pareja mujer actúa movido igual que de no haberse cambiado el sexo. Y si lo que se castiga también en la violencia de género es el desequilibrio de fuerzas existentes entre un hombre y una mujer, en el caso de las parejas transexuales, aunque se haya producido un cambio de sexo, la fuerza será la misma.

En definitva, aunque nosotros nos inclinamos por la posición de considerar solo violencia de género la violencia que ejerce un hombre sobre una mujer que ha sido o es su esposa o mujer, o que esté o haya estado ligado a él por una relación análoga de afectividad (añadiendo también la violencia del hombre a la mujer cuando no existe ni ha existido relación sentimental), porque sería volver a considerar cualquier violencia como violencia de género y la intención del legislador era identificar un problema social grave de forma individualizada y acabar con él, si se considera violencia de género a la violencia dentro de las parejas transexuales también se debería de hablar de violencia de género en las parejas homosexuales.

Uno de las últimas cuestiones que hemos abordado es la violencia que ejerce una mujer contra un hombre. Hemos tenido ocasión de señalar que se trata de una violencia que se denomina violencia doméstica y no de género, como algunos autores reclaman. Así pues, se trata de una posición legislativa que para nosotros es totalmente acertada, porque existe un desequilibrio de fuerzas aunque haya mujeres que pueden tener una fuerza física mayor a la de la mujer, pero son casos menores. Por nuestra parte, no podemos obviar que hay muchos casos de hombres maltratados y que además no denuncian por vergüenza. Es por ello por lo que llegamos a la conclusión de que aunque se mantenga que este tipo de violencia es violencia doméstica, es necesario crear mecanismos de protección, detección y prevención para que tales hechos no se produzcan. Es importantísimo acabar con una idea generalizada de que por ser hombre no se es víctima de agresiones.

Así pues, tras haber respondido a las cuestiones más emblemáticas de nuestro trabajo de investigación, es hora de responder a la cuestión principal que me ha movido a realizar este trabajo, que es la posible inconstitucionalidad o no de la LVIG. De esta forma, con los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico posee y habiendo analizado la transcendencia internacional que la violencia de género presenta, se trata de una Ley que está dentro de la completa legalidad. Una Ley cuyo nacimiento se produce como consecuencia de la obligación que tienen los poderes públicos de acabar con los obstáculos que impiden conseguir la igualdad de las personas, utilizando la acción positiva, además de que se trata de una respuesta a un problema social que la reclamaba desde hacía ya tiempo. Esto no quita que haya muchas cosas que mejorar para acabar completamente con esta violencia, y la más importante es la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género a la violencia de un hombre contra una mujer en cualquier otro contexto de la vida social, no sólo limitándose a las relaciones sentimentales.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. "El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar", en *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz/Ayuntamiento de Jerez, Cádiz, 1999.

- *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999**.**

- *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Editorial Reus, Madrid, 2006.

- *El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *Política criminal y reformas penales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", *Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 7, Logroño, 2009.

- *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

AGUDELO GIRALDO, O. "Variabilidad de la regla de reconocimiento: reglas secundarias y metalenguaje prescriptivo del Derecho", *Pensamiento Jurídico*, núm. 44, Bogotá, 2015.

AGUIAR DE LUQUE, L. "Los límites de los Derechos Fundamentales*", Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, Madrid, 1993**.**

AGUILAR MUÑOZ, A. "Igualdad, discriminación y acción positiva", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 249, Madrid, 2013.

ÁGUILA-REAL, A. "Autonomía privada y Derechos Fundamentales", *ADC*, vol. 46, núm. 1, Madrid, 1993.

AGUILÓ REGLA, J. "Sobre definiciones y normas", *Revista Doxa*, núm. 12, Alicante, 1990.

ALCALÁ FLORES, R. "La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2008.

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO ÁLAMO, M. "La circunstancia agravante de discriminación", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo* por José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, Tecnos, Madrid, 2002 .

ALONSO DE ESCAMILLA, A. "El delito de stalking como nueva forma de acoso cyberstalking y nuevas realidades", *La Ley Penal*, núm. 105, Madrid, 2013.

ÁLVAREZ CONDE, E. "El sistema constitucional español de Derechos Fundamentales", *Cortes: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 15, Valencia, 2004.

- *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ, L. "Los Derechos y sus garantías", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, Madrid, 2010.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. "El concepto de Derecho", en *Curso de teoría del Derecho*, por Gregorio PECES-BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASÍS, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ANZURES GURRÍA, J. "La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, México D. F., 2010.

AÑÓN ROIG, M. J. "Derechos Fundamentales y Estado constitucional", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, Valencia, 2002

APARISI MIRALLES, A. "Discriminación y Derecho a la Igualdad: Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 30, Madrid, 1995.

AROZAMENA SIERRA, J. "Principio de igualdad y Derechos Fundamentales", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, por Fernando VALDÉS DAL-RE, XI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

ASÍS ROIG, R. F. "Derechos y fuerzas: doce problemas de los Derechos Fundamentales", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, Madrid, 1993.

ASÚA BATARRITA, A. "Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico", *en Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género,* Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del Derecho)", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 47, Madrid, 1996.

- "Dejemos atrás el positivismo", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 27, México D. F., 2007.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Tres lecciones de teoría del Derecho*, Club universitario, Madrid, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLARÍN IBARREN, J. "Derechos Fundamentales y relaciones entre los particulares", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, Madrid, 1988.

BAÑO LEÓN, J. M. "La igualdad como Derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, Madrid, 1987.

BASILE, S. "Los valores superiores, los principios fundamentales y los Derechos y libertades públicas", en *La Constitución española de 1978* por Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1980.

BAUCELLS I ILADÓS, J. "Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento", en *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate* por María Concepción GORJÓN BARRANCO, Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, Ratio Legis, Madrid, 2014.

BAYÓN, J. C. "Razones y reglas. Sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz", *Revista Doxa*, núm. 10, Alicante, 1991.

BELLOSO MARTÍN, N. *Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo. El Positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

BENEYTO PÉREZ, J. "Los Derechos individuales", *Revista de Derecho Político*, núm. 20, 2004, Madrid.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J. *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.

BLANC, N. *La Constitución chilena, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa*, Tomo I, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1990.

BLANCO LOZANO, C. y POLAINO NAVARRETE, M. "Amenazas y coacciones" en Lecciones de derecho penal parte especial, Tecnos, Madrid, 2010**.**

BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México D. F., 1965.

- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2018.

BOCK GISELA, *La mujer en la historia de Europa*, Crítica, Barcelona, 2001**.**

BRAGE CAMAZANO, J. "Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EE.UU", *Revista de estudios políticos*, Madrid, núm. 123, 2004.

BUENO DE MATA, F. "Tratamiento procesal de los escraches a través de internet", *La Ley Penal*, Madrid, 2014**.**

- "Violencia de género: tratamiento procesal de la violencia de género a través de la red", *Práctica de Tribunales*, núm. 101, Madrid, 2017.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. *La violencia de género, aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007.

- "La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, Madrid, 2015.

CAMBELL, T. “El sentido del Positivismo jurídico (III)”, *Revista Doxa,* núm. 25, Alicante, 2004.

CAMINOS, P. “Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la Constitución”, *Revista en cultura de la legalidad,* núm. 12, Madrid, 2017.

CAMPOS CRISTÓBAL, R. “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar, valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista Penal*, núm. 6, Médico D. F., 2000.

CARBALLO CUERVO, M. A. “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 1995**.**

CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CAREAGA, P. *El libro del buen haber. Una apuesta por un lenguaje no sexista*, Fundación Mujeres, Madrid, 2002.

CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos, Nueva Época*, núm. 84, Madrid, 1994.

- *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

CASARES VILLANUEVA, M. L. “La actuación de los jueces y magistrados ante los casos de violencia doméstica”, en *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia,* CGPJ, Madrid, 2003**.**

CASTELLI, A. “Gender, theory and the rise of Christianity. A response to a Rodney Stark*”, Journal of early Christian Studies,* Jonhs Hopkins, Baltimore, Maryland, 1998.

CASTELLÓ NICAS, N. “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M. “Denuncia y dispensa del deber de declarar”, en *Violencia de género y Justicia*, por Raquel CASTILLEJO MANZANARES y Cristina ALONSO SALGADO, Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

CASTILLO CORDOVA, L. “Derechos Fundamentales y procesos constitucionales”, en *Teoría general de los Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CELA TRULOK, C. J. “Diario de Sesiones del Senado”, *Comisión Constitucional*, núm. 43, Madrid, 1978.

CERVELLÓ DONDERIS, V. “El delito de malos tratos, su delimitación con el derecho de corrección”, *Poder Judicial*, núm. 33, Madrid, 1994.

- *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CHARLESWORTH, H. “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”, *Harvard Human Rights Journal*, núm. 18, Massachusetts, 2005.

CIANCIARDO ZAMBRANO, J. “Los límites de los Derechos Fundamentales”, *Dikiaion: revista de actualidad jurídica*, núm. 10, Chía, 2001**.**

- “El conflictivismo en los Derechos Fundamentales”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 30, núm. 1, Santiago de Chile, 2003.

COKER, A. L., SMITH, P. H., BETHEA, L., KING, M. R. y MCKEOWN, R. E. “Physical health consequences of physical and psychological intimate partner violence”, *Archives of Family Medicine*, núm. 9, Stanford, 2000.

CONDE PUMPIDO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Tomo. II, Madrid, 1997.

- *Código Penal comentado,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

CRUZ MORATONES, C. "Perspectiva judicial de la violencia de pareja y doméstica en España", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 36, núm. 3, Madrid, 2010.

CRUZ VILLALÓN, P. "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989.

CUENCA GÓMEZ, P. "Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978, Universitas", *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 8, Madrid, 2008.

CUENCA SÁNCHEZ, J. C. "El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación", *La Ley*, Madrid, 1991.

D´SOUZA, A. *Camino del trabajo decente para el personal de servicio doméstico; panorama de la labor OIT*, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DE OTTO, I. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE VEGA RUIZ, J. A. *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Aranzadi, Madrid, 1999.

DEL MORAL GARCÍA, A. *El delito de violencia habitual en el ámbito familiar,* CGPJ Delitos contra las personas, Manuales de formación, Madrid, 1999**.**

- *Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal,* Encuentros "violencia doméstica", Madrid, 2004.

DELGADO MANTEIGA, S. "El punto de vista de la teoría del Derecho"*, Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Montevideo, núm. 19, 2019**.**

DELGADO MARTÍN, J. *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil,* Colex, Madrid, 2001.

- "La violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de comunicación", *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 4, Madrid, 2016**.**

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. "La transversalidad de género. Valoraciones a partir de algunos documentos de las Naciones Unidas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, Pamplona, 2015**.**

DÍAZ LEMA, M. "Restricciones subjetivas de Derechos Fundamentales y aplicación directa de la Constitución", en *La administración pública entre dos siglos: (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar* por Manuel ARENILLA SÁEZ, Mariano BAENA DE ALCÁZAR, INAP, Madrid, 2010.

DÍAZ LÓPEZ, J. y PEÑARANDA RAMOS, E. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Madrid, 2013.

DÍEZ MINGUELA, A. *Desigualdad de Género: ¿Por qué importa la historia? (I),* Politikon, Madrid, 2015.

DOMINGO PÉREZ, T. “El problema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales desde una perspectiva histórica”, *Revista de Ciencias sociales y jurídica*, núm. 1, Madrid, 2006.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, M. Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal, *ADP Código Penal*, Madrid, 2004.

DORADO PORRAS, J. “Iusnaturalismo y Positivismo jurídico”, en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, núm. 33, Madrid, 2004.

DURANGO ÁLVAREZ, G. “El concepto de los Derechos Fundamentales en la teoría haber masiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez”, *Revista de Derecho*, núm. 33, Barranquilla, 2010.

ESCUDERO ALDAY, R. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Thompson Civitas, Madrid, 2004.

ESPINOSA CEBALLOS, E. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP*)”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 27, Granada, 2018.

EXPÓSITO JIMÉNEZ, F. “Violencia de género”, *Mente y cerebro*, Madrid, 2011**.**

FARREL, M. “¿Discusión entre el Derecho natural y el Positivismo jurídico?”, *Revista Doxa*, vol. II, núm. 21, Alicante, 1998.

FASSÓ, G. *Iusnaturalismo,* Diccionario de Política, 7ª ed. Madrid: Siglo XXI Editores, Madrid, 1991.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. “Reserva de Ley Orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de Derechos Fundamentales”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 52, Madrid, 1994.

FELIPE HERNÁNDEZ, J. "Iusnaturalismo de Thomas Hobbes", *Criterio jurídico*, vol. 10, núm. 1, Cali, 2010.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I. "Acción positiva vs discriminación positiva", en *Historia iuris: Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, KRK: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2014.

FERNÁNDEZ LIESA, C. "El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre el hombre y la mujer y el Tratado de Ámsterdam", *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 22, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ PEYCHAUX, D. "El concepto de Derecho en Locke, Araucaria", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 13, Sevilla, 2011.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, P. "Respuestas a la violencia doméstica: un estudio multidisciplinar", *Cuadernos de trabajo de investigación. Centro de Estudios de la mujer*, Madrid, 2002.

FERNANDO MUÑOZ, J. y VENEGAS VELÁZQUEZ, A. *Límites a los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004.

FERRER GARCÍA, A. "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 4, Madrid, 2005.

FIGUEROA BELLO, A. "Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, Coyoacán, 2012.

FIGUERUELO BURRIEZA, Á. "El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española", en *Las mujeres en la Constitución europea,* por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, y Teresa LÓPEZ DE LA VIEJA, Estudios multidisciplinares de género, Ediciones Universidad de Salamanca-Centro de Estudios de la Mujer, Salamanca, 2005.

FONTANIL GÓMEZ, Y. "Prevalencia del maltrato de pareja contra las mujeres", *Psicothema*, vol. 17, núm. 1, Oviedo, 2005.

FREIXES SANJUÁN, T. *Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres, Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los Derechos Humanos en el siglo XXI,* Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, Madrid, 1992**.**

FUERTES-PLANAS ALEIX, C. "Validez, obligatoriedad, y eficacia del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 8, Madrid, 2007.

GÁLVEZ MUÑOZ, L. "La cláusula general de igualdad", *Anales del Derecho*, núm. 21, Murcia, 2003.

GANZENMULLER, C. SÁNCHEZ CARAZO, C. PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, R. "Personas mayores vulnerables; maltrato y abuso", *Foro de discapacidad y justicia, Consejo General del Poder judicial,* Madrid, 2009.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: (LO 14/1999, de 9 de junio): problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA CERVIGÓN, J. *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar,* Dykinson, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E**.** *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo,* Civitas, Madrid, 1984.

- "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 1, núm. 1, Madrid, 2014

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA MACHO, R. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.

GARCÍA MARTÍN, A. *Comentarios al Código Penal*. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, E. *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, Biblioteca de Ética*, Filosofía del Derecho y Política, México D. F., 1999.

GARCÍA MERCADEL, F. *La presencia de la mujer en la vida política y parlamentaria española; de la conquista del voto femenino a la democracia paritaria*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 2001.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo*", La Ley,* núm. 5342, Madrid, 2001.

- *Código de los Derechos de las víctimas, I*nstituto Andaluz de la administración pública, Sevilla, 2006.

- "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al

ordenamiento jurídico español", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, núm. 5347, Granada, 2016.

GARCÍA SAN MIGUEL, L. *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.

GARCÍA SEDANO, T. "La circunstancia agravante de género", *La Ley Penal*, núm. 131, Madrid, 2018.

GARCÍA TORRES, J. "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los Derechos Fundamentales", *Poder judicial*, núm. 10, Madrid, 1988.

GARCÍA HIGUERA, R. "La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart", *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 8, de Madrid, 2010.

GARCÍAS PLANAS, G. "Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 3, Palma de Mallorca, 1996.

GARRORENA MORALES, Á. *Reserva de Ley*, Enciclopedia jurídica Civitas, Madrid, 1995.

- "Reserva de ley", en *Temas básicos de Derecho Constitucional. Constitución, Estado Constitucional y fuentes del Derecho*, por Manuel ARAGÓN REYES, Civitas, Madrid, 2001**.**

GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la ley de Bonn*, Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

- "Los Derechos Fundamentales", en *Desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV Aniversario (1978-2003)*, J. M. Bosch, Instituto de ciencias políticas y sociales, Madrid, 2004**.**

GIL CERDÁ, S. “La igualdad real y efectiva, ¿una realidad?”, *Revista de la Guardia Civil*, núm. 56, Madrid, 2018.

GIL GIL, J. *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica compromisos de la OIT*, Juruá, 2013.

GIL MIRANDA, J. “La violencia hacia las personas mayores”, *Trabajo social hoy*, Madrid, 2014**.**

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español con especial referencia a la violación intimidatoria,* Civitas, Madrid, 1969.

GÓMEZ COLOMER, J. L. *La Violencia de Género. Aspectos Penales y Procesales*, Comares, Sevilla, 2007 .

- *Violencia de Género y Proceso,* Dykinson, Valencia, 2007.

GÓMEZ RIVERO, C. “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista penal*, núm. 6, Madrid, 2000.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Derecho constitucional europeo*, Sanz y Torres, Madrid, 2015.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. *La mujer ante el ordenamiento jurídico soluciones a realidades de género,* Atelier, Madrid, 2009**.**

GONZÁLEZ GRANDA, P. “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, núm. 2, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ HINOJOSA, R. “Hacia una fundamentación ontológica de los Derechos Humanos a través del Iusnaturalismo”, *Ciencia ergo sum*, vol. 9, núm. 2, México D. F., 2002.

GONZÁLEZ LOSANO, M. "Norberto Bobbio y el Positivismo jurídico", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* núm. 17, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ RUS, J. J. "Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares afectivas o legales después de la LO 14/1999 de 9 de junio", *Revista jurídica de Andalucía,* Sevilla, 2000.

GRACIA MARTÍN, L. "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal,* núm. 31, Madrid, 1996.

GUASTINI, R. *La Sintaxis del Derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2016.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. "Criterios de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 3, Madrid, 1999.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. "¿Medidas judiciales de protección seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?", *La Ley,* núm. 6716, Madrid, 2007.

HARGOUS, V. "El concepto de Derecho y el conocimiento de lo justo en Francesco Viola", *Dikaion: Revista de actualidad jurídica,* núm. 27, Chía, 2018.

HART H. L, *El concepto de Derecho,* Editora Nacional, México D. F., 1980.

HERMAN, J. L. "Recovery from psychological trauma", *Psychiatry Clinical Neuroscience,* núm. 52, Washington, D. C., 1998.

HERNÁNDEZ MOURA, M. J. "Violencia de género", en *Violencia de género, tratamiento y prevención* por Helena SOLETO MUÑOZ, Dykinson, Madrid, 2015.

HERRERA MORENO, M. y POLAINO NAVARRETE, M. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología,* Edersa, Madrid, 1996.

HUERTA TOCILDO, S. “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica", en E*studios penales en recuero del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

IBOLA MARMOLEJO, I. *Maltrato de personas mayores en la familia*, Centro Reina Sofía, Valencia. 2008.

IRIGAR, L. “El lenguaje algo más que palabras”, *Revista Emakunde*, núm. 53, Vitoria, 2003.

CHRISTIAN, J. *Las egipcias: retratos de las mujeres del Egipto faraónico,* Planeta De Agostini, Barcelona, 2011.

JAREÑO LEAL, A. *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

JIMÉNEZ CAMPO, J. “Estado social y democrático de Derecho”, *Diccionario del Sistema Político español*, Madrid, 1984.

KANT, I. *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

LAMARCA PÉREZ, C. “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 27, Madrid, 1996.

LARIZGOITIA, I. “La violencia también es un problema de salud pública”, *Gaceta Sanitaria*, núm. 20, Madrid, 2006.

LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

- “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, Madrid, 2009.

LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación en el Código penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, Santiago de Compostela, 1996.

- "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, núm. 34, Madrid, 1999.

- "La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 54, Granada, 2005.

LAUSCAURIN SÁNCHEZ, J. A. "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentarios a la sentencia 59/2008, 45/2009, 41/2010", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, Madrid, 2013**.**

LEAL MEDINA, J. "Régimen jurídico de la víctima del delito (Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito", *La Ley*, núm. 8287, Madrid, 2014**.**

LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2006**.**

LÓPEZ CHOROS, S. y SANCHÍS VIDAL, A. "Derecho y principio de igualdad", *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinares: VI Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género"*, Sevilla, 30 de junio y 1 de julio de 2016.

LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994**.**

- "Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de gendermainstreaming y empowerment", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 2, Madrid, 2007.

LÓPEZ RODÓ, L. "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100, Madrid, 1983.

LORCA NAVARRETE, J. "Los Derechos naturales como Derechos Fundamentales", *La Ley*, núm. 3, Madrid, 1989.

- *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1995.

LOUSADA, F. "La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social", *Revista de derecho social*, núm. 76, Madrid, 2016.

LUACES GUTIÉRREZ, A. *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

- "Justicia especializada en violencia de género en España", *Revista de Derecho*, vol. 24, núm. 2, Valdivia, 2011.

LUACES GUTIÉRREZ, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. V. "La respuesta del derecho penal español ante la violencia doméstica", *Revista de Derecho Privado, nueva época*, núm. 13-14, Madrid, 2006.

LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

MAGRO SERVET, V. "Propuestas para una reforma legal integral en materia de violencia doméstica", *La Ley*, núm. 5210, Madrid, 2000.

- "Reforma del Código penal afectante a la violencia de género", *La Ley*, núm. 8539, Madrid, 2015.

MARCONE, J. "Hobbes: entre el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo", *Andamios*, vol. 1, núm. 2, México D. F., 2010.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, jurídico y de derecho comparado,* Comares, Granada, 2001**.**

MARTÍN HUERTAS, A. "El contenido esencial de los Derechos fundamentales", *Revista de las Cortes Generales,* núm. 75, Madrid, 2008**.**

MARTÍNEZ CUADRADO, M. "La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español", en *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, Mezquita, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. "Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de lege ferenda", *Teoría y derecho, Revista de pensamiento jurídico,* núm. 5, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ LEÓN, M. "Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional", *Revista de la escuela de Medicina Legal*, núm. 72, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ MAZA, C. "Cristianas sabias, arquetipo femenino en el mundo tardo antiguo. Una aproximación historiográfica", *Revista de Historiografía,* núm. 22, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ MUÑOZ, J. A. "Igualdad jurídica y de género, Anuario de Derechos Humanos", *Nueva Época,* vol. 10, núm. 11, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-GARCÍA, J. I. "Justicia e igualdad en Luhmann", *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 4, México D. F., 1987.

MARTÍN-RETORILLO, L. "Eficacia y garantía de los Derechos Fundamentales", en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* por Sebastián MARTÍN RETORTILLO y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1991.

MATALLIN EVANGELIO, A. *El nuevo delito de acoso*, Revista General del Derecho, Madrid, 2000.

MATUD AZNAR, P. "Impacto de la violencia doméstica en la salud de la mujer maltratada", *Psicothema*, núm. 16, Oviedo, 2004.

MAYORDOMO RODRIGO, V. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003.

MEDIAVILLA CRUZ, M. "La igualdad en el ámbito judicial comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 67, Madrid, 2007.

MEDINA CUENCA, A. *Interrogantes, alternativas y desafíos en clave de derecho penal y criminología*, UNIJURIS, Madrid, 2017.

MELERO ALONSO, E. "La flexibilización de la reserva de ley", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, Madrid, 2004.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal parte general*, Reppertor, Madrid, 2016.

MIRA BENAVENT, J. "El concepto de violencia en el delito de coacciones", *Cuadernos de política criminal*, núm. 22, Madrid, 1984.

MIRÓN PÉREZ, M. "Madres de la patria: mujeres y poder político en Roma", en *Del patio a la plaza. Las mujeres en las sociedades mediterráneas* por Pilar BALLARÍN DOMINGO y Cándida MARTÍNEZ LÓPEZ, Universidad de Granada, Servicio de Publicaciones, Granada, 1995.

MOLINA BLÁZQUEZ, M. "Tratamiento penal de la violencia de género", en *Curso de formación para profesionales que trabajan con víctimas de violencia de género*, Madrid, 2007.

MOLINA OCHOA, A. "La intrascendencia del debate entre el positivismo y Iusnaturalismo; las normas de ius cogens", *Estudios socio jurídicos*, núm. 11, Bogotá, 2009.

- "El papel de la coacción en la teoría de las reglas de Hart", *Ius et praxis*, vol. 17, núm. 2, Santiago de Chile, 2011.

MONEREO ATIENZA, C. *La igualdad de hombres y mujeres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Investigación y género, Inseparables en el presente y en el futuro*: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género", Sevilla, 2012.

MOLINERO RUIZ, C. "Mujer, franquismo, fascismo. La clausura forzada de un mundo pequeño", *Historia social*, núm. 30, Madrid, 1998.

MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A. "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer", *Actualidad Penal*, núm. 9, Madrid, 2000

MONTALVÁN HUERTAS, I. *Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico,* Grupo de expertos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, Madrid, 2006.

MONTES SALGUERO, J. "La lucha por el sufragio femenino en España, notas para una historia", *A distancia*, núm. 1, Madrid, 1999.

MONTESO CURTÓ, P. "Concepto de género, Mainstreaming e igualdad de oportunidades", *Revista ROL de enfermería*, vol. 33, núm. 5, Madrid, 2010.

MONTÓN REDONDO, A. "Entendimiento procesal de la Ley de Protección contra la Violencia sobre la Mujer", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, Barcelona, 2005.

MONTORO PUERTO, M. “Valores superiores del ordenamiento jurídico y Derechos Fundamentales: el Derecho a la libertad”, *Temas constitucionales de actualidad*, Pamplona, 1993.

MORA BLEDA, E. “El paradigma género y mujeres en la historia del tiempo presente”, *Revista de Historia Autónoma*, núm. 2, Madrid, 2013.

MORAL MORO, M. J. “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, Valladolid, 2008.

MORENO CATENA, V. “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, en *Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género*, Universidad Jaume Matas, Valencia, 2007.

MORENO PÉREZ, J. M. “El principio de igualdad en la aplicación de la ley; supervivencia en el ámbito de la doctrina constitucional”, *Temas Laborales*, núm. 73, 2004.

MORENO VERDEJO, J. “El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código Penal: aspectos procesales y sustantivos”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. “Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 2, Granada, 2000.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de garantías de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, Granada, 2015.

MURUAGA, B. “Sexismo en el lenguaje, sexismo en el mensaje”, *Revista Emakunde*, núm. 53, Vitoria, 2003.

NARANJO DE LA CRUZ, R. “Los límites de los Derechos Fundamentales en las relaciones particulares”, *Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2000.

NAVAS SÁNCHEZ, M. “Los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, Artículo 14, una perspectiva de género”, Boletín de información y análisis jurídico, núm. 26, Sevilla, 2007.

NICOLÁS MARÍN, E. *La libertad encadenada. España en la dictadura franquista 1939-1975,* Alianza, Madrid, 2005.

NISTAL BURÓN, J. “El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena”, *La Ley*, núm. 7157, Madrid, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El Derecho a la Igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Santiago de Chile, 1997.

NÚÑEZ CASTAÑO, E. “La violencia doméstica en la legislación española, especial referencia al delito de maltrato habitual”, *Revista de estudios de la justicia*, núm. 12, Madrid, 2010.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J, y REQUEJO NAVEROS, M. T, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

OLLERO TASSARA, A. “Relevancia constitucional de la igualdad”, en *Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Granada, Granada, 1989.

OLMEDO CARDENETE, M. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial,* Atelier penal, Madrid, 2001.

ORTEGA CALDERÓN, J. "Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre", *La Ley*, núm. 6349, Madrid, 2005.

ORTIZ HERAS, M. "Mujer y dictadura franquista", *Aposta: Revista de ciencias sociales*, núm. 28, Madrid, 2006.

ORTS BERENGER, E. *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OSBORNE VERDUGO, P. *De la 'violencia' (de género) a las 'cifras de la violencia': una cuestión política*, Empiria, Madrid, 2008.

PACHECO GALLARDO, M. "Delito y falta de amenazas; similitudes y diferencias", *La Ley*, núm. 8510, Madrid, 2015.

PÁEZ CUBA, L. D. *Génesis y evolución histórica de la violencia de género*, Contribuciones a las Ciencias Sociales, Málaga, 2011.

PALOMEQUE FERNÁNDEZ, M. "De los Derechos y deberes fundamentales", en *Procedimiento administrativo y servicios de bienestar social* por Miguel TIENDA RUI, Ineprodes, vol. 1, Madrid, 2004,

PARDELL VEÁ, A. "La igualdad ante la Ley, La igualdad ante la Ley y la no discriminación", en *Las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socia*l, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004.

PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, Madrid, 1981.

- "Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho", *Justicia Administrativa*, núm. 21, Madrid, 2003.

PARRILLA VERGARA, J. *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019.

PASSERIN, E. *La noción de Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. "El Derecho de los Derechos Fundamentales y su estudio científico y filosófico", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 2, Madrid, 1973.

- "Reflexiones sobre la teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, Madrid, 1979.

- "Comentario al libro de García de Enterría", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, Madrid, 1984.

- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

- *Curso de Derechos Fundamentales (teoría general)*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

PERALES AGUSTÍ, M. "La herencia judía y su significado en una sociedad judeocristiana", *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 4, Madrid, 2015.

PERAMATO MARTÍN, T. "Aspectos jurídicos de la violencia de género", *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad públic*a, núm. 51, Madrid, 2015.

- "Modificaciones en el Código penal, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en materia de Violencia de Género", *Boletín de la Comisión de violencia de género de Jueces para la Democracia*, núm. 2, Madrid, 2016.

PERELA LARROSA, M. "Violencia de género: violencia psicológica", *Foro nueva época*, núm. 11. Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. "El sistema de los Derechos Fundamentales", en *La Constitución a examen; un estudio académico 25 años después* por Miguel ÁNGEL RAMIRO AVILÉS, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ RIVAS, N. *La violencia contra la mujer: abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- "La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 del Código Penal Español)", *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, Medellín, 2016.

PÉREZ, F. y BERNABÉ, B. "Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?", *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, Madrid, 2012.

PICO LORENZO, C. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, Madrid, 2009.

POGGI, F. "Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho", *Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, Alicante, 2019.

POLO GARCÍA, S. y PERAMATO MARTÍN, T. "Aspectos procesales y sustantivos de la LO 1/2004*", CDJ*, CGPJ, núm. 1, Madrid, 2007.

POYATOS I MATAS, G. "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *IQUAL, Revista de género e igualdad*, núm. 2, Murcia, 2019.

PRESNO LINERA, M. A. "Los límites a los Derechos Fundamentales de los militares, sesión del Seminario Estudios de la Defensa Nacional, que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela", *Boletín de Información*, núm. 278, Santiago de Compostela, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

- *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

- "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Revista Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000.

QUADRA-SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUESADA SEGURA, R. "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3, Madrid, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Madrid, 2005.

- *"*La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29, Santiago de Compostela, 2009.

RAMÍREZ BELMONTE, C. "Concepto de género; reflexiones", *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, núm. 23, Albacete, 2008.

RAMÓN RIVAS, E. "Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual", *Estudios penales y criminológicos,* núm. 33, Santiago de Compostela, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma", *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña,* núm. 9, La Coruña, 2005.

RAZ, J. *El concepto del sistema jurídico,* Coyoacán, México D. F., 1986.

REBOLLO VARGAS, R. "La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento", *Revista General de Derecho Penal,* núm. 23, Madrid, 2015.

REDONDO, M. "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 20, Alicante, 1997.

REQUEJO CONDE, C. "Reflexiones sobre el concepto de omisión en el delito de amenazas (especial consideración al ámbito de la violencia doméstica)", *Actualidad penal,* núm. 1, Madrid, 2003.

REY MARTÍNEZ, F. "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político,* núm. 100, Madrid, 2017.

RICOY CASAS, R. "Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz", *UNED. Revista de Derecho Público,* núm. 82, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ GALLÓN, V. "Positivismo y Iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* núm. 57, Bogotá, 1982.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. "Violencia en el ámbito familiar", en *Elementos básicos de la investigación criminal* por José COLLADO MEDINA, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2007.

- *Teoría y práctica de la investigación criminal*, Instituto universitario general Gutiérrez Mellado, *UNED. Revista de Derecho Público*, Madrid, 2009.

- *Violencia en la familia estudio multidisciplinar,* Dykinson, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER. M. "El principio de igualdad en la constitución española", *Secretaría general técnica, centro de publicaciones*, vol. II, Madrid, 1991.

ROIG TORRES, M. "El delito de acoso (art. 172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el «nachstellung» del derecho alemán", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 38, Santiago de Compostela, 2018.

ROJAS AMANDI, V. "El concepto de Derecho en Ronald Dworkin", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 56, núm. 246, México D. F., 2006.

ROSE, S. *¿Qué es Historia de Género?,* Alianza Editorial, Madrid, 2012.

RUBIO LLORENTE, F. "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, Madrid, 1991.

RUEDA MARTÍN, M. "Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 22, Granada, 2019.

RUEDA MARTÍN, M. y BOLDOVA PASAMAR, M. *La reforma penal en torno al a violencia doméstica y de género,* Atelier, Madrid, 2004.

RUIZ CARBONELL, J. *Aspectos jurídicos de la violencia, recorrido histórico y situación actual*, Mujer y servicios sociales, Ayuntamiento de Murcia, Murcia, 1989.

- *La evolución histórica de la igualdad entre hombres y mujeres en México*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México D. F., 2019.

RUIZ MIGUEL, A. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996.

- Una filosofía del Derecho en modelos históricos, Trotta, Madrid, 2002.

RUIZ RODRÍGUEZ, V. "Santo Tomás de Aquino en la filosofía del Derecho", *Enclaves del pensamiento*, núm. 19, México D. F., 2016.

RUIZ VADILLO, E. *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I, Madrid, 1991.

SAMANIEGO, J. L. "Estatuto de la víctima (Comentario a su regulación procesal penal)", *La Ley*, núm. 8351, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ, J. M. y DIESTRO FERNÁNDEZ, A. "La nueva gobernanza. La participación de la mujer en la política de la unión europea", *Oficina de promoción económica y empleo del excelentísimo Ayuntamiento de Salamanca*, Salamanca, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Igualdad y Derecho Público. El principio de igualdad en la Constitución española*: XI, Jornadas de Estudio, vol. 2, Madrid, 1991.

SCHMILL ORDOÑEZ, U. "El Positivismo jurídico", *Revista de la Facultad de México*, vol. 53, núm. 240, México D. F., 2003.

SEGURA ORTEGA, M. "Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho", *Dereito*, vol. 22, núm. 673-683, Bogotá, 2013.

SENES MOTILLA, C. "Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género", *La Ley*, núm. 6644, Madrid, 2007.

- "Tutela Procesal frente a hechos de Violencia de Género", *Colección Estudios jurídicos*, núm. 13, Castellón de la Plana, 2007.

SEOANE MARÍN, J. y OLAIZOLA NOGALES, I. "Análisis de la circunstancia agravante por razón de género (22.4ºCP)", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, Santiago de Compostela, 2019.

SERRANO MASIP, M. "Los derechos de información", en *El estatuto de las víctimas de delitos; comentarios a la Ley 4/2015*, por Josep TAMARIT SUMALLA, Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, y Mercedes SERRANO MASIP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SERRANO MORENO. J. L. "La clasificación de los Derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de Derechos Fundamentales: STC 160/1987, de 27 de octubre", *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 54, Navarra, 2006.

SEVILLA MERINO, J. "Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria", *Colección de cuadernos feministas*, núm. 4, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universidad de Valencia, Valencia, 2004.

SIMMONS, A. J. "The Lockean Theory of Rights", *Studies in Moral, Political, and Legal Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1992.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. "El régimen parlamentario y sus enemigos (reflexiones sobre, el caso español)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, Madrid, 1996.

- "La igualdad en la aplicación de la ley", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.

SUÁREZ PERTIERRA, G. "Artículo 14, Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1984.

SUAY-RINCÓN, J. "El principio de igualdad en la justicia constitucional", *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1985.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido a la esperanza*, Comares, Granada, 2006.

TAMARIT SUMALLA, J. M. Comentarios a la parte especial del derecho penal, Aranzadi, Madrid, 1999.

TAMARIT SUMALLA, J. M. *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TENA ARAGÓN, F. "Análisis sobre la evolución de la regulación de la violencia doméstica", *Manuales de formación continuada*, núm. 25, Madrid, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal", *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1981.

TORRES DÍAZ, M. *Estado y violencia de género; Perspectiva de género y credibilidad de las mujeres víctimas, Logros y retos*: Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género" Unidad de Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2011.

TORRES MURO, I. “Sobre la reserva de ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.31, Madrid, 1991.

TREBILCOCK, A. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Las Normas internacionales del trabajo*: Un enfoque global, 75ª aniversario de la CEACR, OIT, Madrid, 2001.

TUCK. R, “Natural Rights Theories: Their Origin and Development, Cambridge”, Cambridge University Press, 1981.

VALCARCE LÓPEZ, M. “Servicio de violencia familiar, maltrato, violencia psíquica, lesiones psíquicas”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. II, Madrid, 2000.

VALENCIANO, E. “La igualdad de género y la defensa de los derechos de las mujeres en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Género y Derechos Humanos*, Zaragoza, 2002.

VALVIDARES SUÁREZ, M. “Teoría general de los Derechos Fundamentales; repertorio bibliográfico”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, 2007.

VEGA GARCÍA, P. “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el problema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6, Murcia, 1994.

- “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, Madrid, 1998.

VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho privado. Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VENTURA FRANCH, A. "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica", *Revista de Derecho Político*, núm. 97, Madrid, 2016.

VIDAL MARÍN, T. "Jurisprudencia constitucional en torno al artículo 14 de la Constitución: cambio de criterio y precedente judicial", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, Madrid, 1996.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. "La respuesta jurídico penal frente al skalting en España presente y futuro", *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 4, Valencia, 2010.

VILLEGAS DELGADO, C. "La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa", en *La victima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* por Armenta DEU y Oromí VALL-LLOVERA, Colex, Madrid, 2010.

VIRGILIO CAMPOS, P. *Lecciones de Derecho constitucional II*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2018.

VIVANCO MARTÍNEZ, A. "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿de qué igualdad estamos exactamente hablando?", *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 1, Santiago de Chile, 1991.

VV. AA. *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

- "Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas socio sanitarios", *Gaceta Sanitaria*, 18, Madrid, 2004.

- "Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género", en *Tutela penal y tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

- "Los Derechos Fundamentales", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- "El sistema de los Derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española", en *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, vol. 2, Madrid, 2016.

- "Factores relacionados con el maltrato no institucional en residencias de personas mayores", *Revista española de geriatría y gerontología: Órgano oficial de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología*, vol. 51, núm. 6, Madrid, 2016.

XIOL RÍOS, A. "El principio de igualdad en la aplicación de la ley", en *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991.

SENTENCIAS

STC 189/1980, de 8 de abril.

STC 25/1981, de 14 de julio.

STC 21/1981, de 15 de junio.

STC 15/1982, de 23 de abril.

STC 71/1982, de 30 de noviembre.

STC 81/1982, de 21 de diciembre.

STC 75/1983, de 3 de agosto.

STC 76/1983, de 5 de agosto.

STC 83/1984, de 8 de febrero.

STC 22/1984, de 17 de febrero.

STC 83/1984, de 24 de julio.

STC 53/1985, de 11 de abril.

STC 166/1986, de 19 de diciembre.

STC 114/1987, de 6 de julio.

STC 128/1987, de 16 de julio.

STC 144/1988, de 12 de julio.

STC 120/1990, de 27 de junio.

STC 245/1993, de 27 de octubre.

STC 106/1994, de 11 de abril.

STC 141/1994, de 9 de mayo.

STS 9655/1995, de 11 de mayo.

STC 173/1998, de 23 de julio.

STC 116/1999, de 17 de junio.

STC 181/2000, de 29 de junio.

STC 200/2001, de 4 de octubre.

STC 119/2002, de 20 de mayo.

STC 161/2004, de 4 de octubre.

STC 27/2004, de 4 de marzo.

STC 59/2008, de 14 de mayo.

STS 995/1989, de 18 de octubre.

STS 14093/1990, de 18 de diciembre.

STS 1598/1993, de 28 de febrero.

STS 108/1993, de 1 de enero.

STS 2259/1993, de 2 de abril.

STS 1224/1994, de 27 de diciembre.

STS 1747/1997, de 9 de junio.

STS 8358/1999, de 22 de diciembre.

STS 927/2000, de 24 de junio.

STS 5801/2000, de 7 de septiembre.

STS 545/2000, de 27 de marzo.

STS 414/2003, 24 de marzo.

STC 70/2005, de 4 de abril.

STS 10667/2006, de 16 de marzo.

STS 134/2007, de 22 de febrero.

STS 201/2007, de 16 de marzo.

STS 1177/2009, de 24 de noviembre.

STC45/2010, de 28 de julio.

STS 238/2011, de 21 de marzo.

STS 3401/2012, de 19 de abril.

STS 247/2018, 24 de mayo.

STS 677/2018, 20 de diciembre.

STS 420/2018, 25 de septiembre.

STS 565/2018, 19 de noviembre.

STS 99/2019, de 26 de febrero.

STS 934/2020, de 8 de mayo.