

TREBALL FINAL DE GRAU

**Les víctimes oblidades en l'estudi de la violència
de gènere**

Clàudia Pinós Fernández

Directora: Dra. Maria José Cuenca García

Data d'entrega: 14 de maig de 2018 (curs 2017 – 2018)
Grau en Dret (Facultat de Dret)



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

*Al meu pare Carlos i als
meus germans Òscar i Cristina.*

ÍNDEX:

ABREVIATURES	3
RESUM	4
INTRODUCCIÓ	5
1. Presentació de l'estudi.....	6
PART I. FAMÍLIA	8
1. Concepte jurídic i sociològic de família.....	8
2. Violència domèstica .vs. violència de gènere. Marc conceptual.....	9
PART II. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DE GÈNERE	12
1. L'article 153.1 del Codi Penal Espanyol.....	12
2. Element objectiu.....	14
3. Element subjectiu.	20
4. Bé jurídic protegit penalment.....	21
5. Marc penal.....	22
PART III. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DOMÈSTICA OCASIONAL o "AÏLLADA"	25
1. L'article 153.2 del Codi Penal Espanyol.....	25
2. Element objectiu.....	25
3. Element subjectiu.	28
4. Bé jurídic protegit penalment.....	28
5. Marc penal.....	30
PART IV. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DOMÈSTICA HABITUAL	31
1. L'article 173.2 del Codi Penal Espanyol.....	31
2. Element objectiu.....	32
2.1. L'exercici de la violència física o psíquica per part del subjecte actiu.	32
2.2. Que la violència recaigui sobre una persona que tingui envers el subjecte actiu alguna de les qualitats que descriu el propi precepte.	33
2.3. L'exercici habitual de la violència.	40
3. Element subjectiu.	43

4. Bé jurídic protegit penalment.....	43
5. Marc penal.....	45
PART V. EL PRINCIPI D'IGUALTAT ENTRE L'HOME i LA DONA: incidència en el delicte de violència de gènere.	46
1. Introducció al principi d'igualtat.....	46
2. La igualtat entre home i dona en les resolucions judicials del Tribunal Constitucional.	47
2.1 Sentència del Tribunal Constitucional núm.59/2008, de 14 de maig. Comentari crític.....	48
a) Arguments de l'òrgan judicial qüestionant.	49
b) Arguments del Tribunal Constitucional.....	51
2.2 Altres resolucions posteriors.	54
a) STC núm. 45/2009, de 19 de febrer de 2009.	55
b) STC núm. 127/2009, de 26 de maig de 2009.....	56
c) STC núm. 41/2010, de 22 de juliol de 2010.	57
CONCLUSIONS FINALS.	58
BIBLIOGRAFIA	62
AGRAÏMENTS	70

ABREVIATURES

Art [s]:	Article/s.
CE:	Constitució Espanyola.
CGPJ:	Consell General del Poder Judicial.
Coord [s]:	Coordinador/s.
CC:	Codi Civil Espanyol.
CP:	Codi Penal Espanyol.
Dir [s]:	Director/s.
etc:	Etcètera.
FJ:	Fonament Jurídic.
LGTB:	Lesbianes, Gais, Transsexuals i Bisexuals.
LO:	Llei Orgànica.
LOMPIVG:	Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Protecció Integral contra la Violència de Gènere.
núm [s]:	Número/s.
<i>ob. cit.:</i>	Obra citada.
OMS:	Organització Mundial de la Salut.
p [p]:	Pàgina/Pàgines.
p. ex.	Per Exemple.
RAE:	Real Acadèmia Espanyola de la Llengua.
ss:	Següents.
STC:	Sentència del Tribunal Constitucional.
SSTC:	Sentències del Tribunal Constitucional.
STS:	Sentència del Tribunal Suprem.
SSTS:	Sentències del Tribunal Suprem.
Vid:	Vegeu.
vol.	Volum.

RESUM

Han transcorregut aproximadament catorze anys des de l'entrada en vigor de la Llei Orgànica 1/2004, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, de 28 de desembre de 2004 (en endavant, LOMPIVG), la qual va néixer amb l'objecte d'eradicar la violència exercida envers la dona pel fet de pertànyer al gènere femení. És objecte d'examen en el present treball tractar un aspecte que existeix, desafortunadament, en les societats –i cada cop en major grau, segons xifres del Consell General del Poder Judicial (en endavant, CGPJ)– com a conseqüència de la multiplicitat de relacions, afectives o familiars, que es donen entre els individus d'una comunitat. Es pretén analitzar, per tant, tres tipus penals –els arts. 153.1 CP, 153.2 i 173.2 CP– examinant vehementment la tipicitat objectiva i subjectiva que els particularitzen però, posant l'èmfasi en el paper que contenen els subjectes que es troben involucrats en la mateixa. Així doncs, tot i analitzar la violència domèstica ocasional (art. 153.2 CP) i l'habitual (art. 173.2 CP) es fa especial menció a la violència de gènere (art. 153.1 CP), a través de l'examen de la STC 59/2008 per haver sigut considerada –així com d'altres preceptes del codi penal 148.4, 171.4 i 172.2- *prima facie* inconstitucional, degut a la nova redacció soferta per l'aprovació de la LO ja referida *ut supra*. Això és perquè, front una conducta d'idèntiques característiques però comesa o suportada atenent tant al sexe com a la posició que continguin els mateixos –actora o víctima– reben un tracte punitiu distint variant el mínim del marc penal i creant, aparentment, discriminació. Ara bé, no només es tracta de relacions entre home i dona sinó que també s'han de tenir en compte altres col·lectius reconeguts –per llei– amb l'acrònim LGTB.

INTRODUCCIÓ

El tema escollit per realitzar l'últim treball de la meva carrera universitària, en el marc del TFG, té com a propòsit oferir, de forma objectiva, el tractament i l'anàlisi individual de tres figures delictives regulades, recentment, en el Codi Penal Espanyol (en endavant, CP)¹, com a conseqüència de la importància pràctica que ha anat adquirint, en les últimes dècades, aquesta realitat social. Aquesta conscienciació és fruit—a tenor d'Informes del CGPJ— dels alts índex de violència i mortalitat registrats anualment, en l'Estat espanyol, entre individus per la relació d'afectivitat que els uneix sigui aquesta sentimental o familiar.

Es tracten de tipus penals que es troben *per se* relacionats amb el concepte de violència, perpetuat desafortunadament, en major o menor grau, en la majoria de les societats amb independència dels aspectes culturals, econòmics, polítics, religiosos, entre d'altres... que la particularitzin. Certament, la presa en consideració d'aquesta lacra social—per part del legislador penal espanyol— ha anat modificant-se per adaptar-se a les necessitats socials i normatives del moment, essent la seva regulació diferent respecte la tipificada *ab initio*. Aquest fenomen ha suscitat, pel que fa al seu contingut *ad litteram*, una multiplicitat de debats doctrinals i jurisprudencials al respecte, especialment amb el dret fonamental a la igualtat i a la no discriminació (art. 14 CE).

L'execució d'aquest treball és el resultat d'indagar, recopilar i contrastar informació de diverses tipologies de fonts, entre elles, doctrinals —generals i especialitzades— audiovisuals i webgràfiques, per tal de tenir una percepció més extensa sobre el tema en qüestió i no quedar-nos amb la lleugera idea que podem contenir arrel de la informació que ofereixen legítimament, per exemple, els mitjans de comunicació. Així doncs, poder realitzar individualment un judici de valor i, en efecte, ser capaç de fer comprendre tant al lector —a través de la lectura de les subsegüents pàgines— com a mi mateixa —en la redacció del mateix— de la realitat empírica que ens envolta per tal de poder assentar conclusions fonamentades.

¹ Parlem dels tipus penals de violència de gènere (art. 153.1 CP), de violència domèstica o "aïllada" (art. 153.2 CP) i, finalment, de violència domèstica amb el component d'habitualitat (art. 173.2 CP).

En suma, no es pretén fer una reproducció merament teòrica dels delictes compresos en els arts. 153.1, 153.2 i 173.2 CP, sinó exposar diversos aspectes rellevants per arribar a assimilar la complexitat –pròpia– que comprèn l’aplicació i la interpretació del Dret.

1. Presentació de l’estudi.

A pesar dels notoris canvis socials i legislatius que s’han dut a terme en les últimes dècades, tant a Espanya com en altres països, envers el tema dels maltractes –sigui aquest domèstic o de gènere– es tracta d’un fenomen que segueix persistent i, en efecte, augmentant a un ritme desgavellat. Així ho corroboren les xifres publicades per institucions oficials al respecte, les quals mostren la cara oculta de la violència².

Quan ens referim als termes de violència de gènere i violència domèstica –ocasional o habitual– fem esment a dos conceptes que per les facultats inherents que contenen són individuals i autònoms l’un de l’altre, malgrat que contenen com a denominador comú l’exercici del maltracte o l’ús de la violència, ara bé, sobre subjectes diferents. Per tant, generalment i *a priori*, degut al desconeixement del contingut que engloben els vocables poden ser confosos. En la meua opinió, la regulació legal trobo que està d’escapçada i hauria d’abastar més supòsits als que posteriorment faré referència.

D’aquesta manera, resulta difícil oferir respostes i solucions vàlides a la realitat social i criminal existent. No obstant això, no podem oblidar que no ens trobem merament només enfront de delictes contemplats al Codi Penal (en endavant, CP) sinó que existeix la LOMPIVG que, paral·lelament, pretén donar una resposta global a la problemàtica exposada³.

Aquest treball no pretén, en efecte, fer una mera reproducció teòrica –de manual– sobre els tres tipus penals descrits *ut supra*, ans al contrari, sinó que pretén mostrar-los des d’un anàlisi crític. Tot això amb el suport, per una banda, de múltiples i divergents

² És l’Informe efectuat per l’Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere denominat “Datos nacionales sobre cifras mortales en violencia doméstica y de género”, el que mostra a nivell quantitatiu la totalitat de xifres mortals existents a Espanya cada any en supòsits de violència domèstica i de gènere.

³ BOIX REIG, J., i MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.), (2005), *La nueva ley contra la violencia de genero*, Iustel, pp. 228 i ss.) assenyalen que “la complejidad de la violencia de género nos permite afirmar que ningún sistema podrá por sí mismo atajar este fenómeno, de modo que la Ley debe ser evaluada de forma transversal, analizando cada sistema implicado y las interrelaciones entre ellos”.

pronunciaments d'autors i, d'altra banda, amb l'abundant jurisprudència creada i reiterada per part, fonamentalment, del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional.

Els objectius d'aquest treball són bàsics: a) comprendre quina és la tipologia de violència que pren en consideració el nostre CP, d'acord el principi d'intervenció mínima, per tal de poder elevar aquest pressupòsit o valor a la categoria de bé jurídic protegit; b) identificar, per una banda, quins són els motius i les justificacions que permeten en l'actualitat admetre que existeix una lícita diferenciació de tracte –que no vulnera el principi d'igualtat (art. 14 CE)– entre dos subjectes de sexes oposats (dona-home) quan ambdós realitzen una conducta d'idèntiques característiques⁴; c) atendre, en l'estudi del delictes de violència de gènere, si aquesta només contempla com a subjecte passiu la dona o bé, per contra, existeix una interpretació oberta amb la introducció de "*persona especialmente vulnerable*"; i, d) determinar, en cas de violència entre persones que formin part del col·lectiu de gais, lesbianes, bisexuals, transsexuals, en quin tipus penal es subsumeixen.

⁴ Es tracta d'una diferenciació de tracte no només a nivell punitiu (en el mínim de la pena) sinó que la violència de gènere, és a dir, la violència exercida contra les dones conforma un tipus penal especial. Fet que no succeeix amb el cas dels homes.

PART I. FAMÍLIA.

1. Concepte jurídic i sociològic de família.

El concepte de família ha experimentat notoris canvis amb el pas del temps, entre ells, i particularment, en la seva conceptualització que no ha estat estàtica ans al contrari. De manera que, en funció sota quina ciència –social o jurídica– la definim es pot entendre de maneres distintes, car engloba aspectes diferenciats però, alhora, intrínsecs entre ells. Aquesta evolució del concepte és fruit i, en efecte, ha estat condicionada –sens dubte– per criteris d'espai geogràfic, econòmic, moral, religiós i polític, entre d'altres, que han incidit activament. Així doncs, la complexitat conceptual del vocable “família” és el reflex de la varietat d'elements que poden incloure's –o no– en la pròpia definició i que varia segons el prisma de l'autor i la ciència que l'analitzi.

En termes jurídics, el concepte de família no es troba definit expressament ni al Codi Civil Español de 1889 (en endavant, CC) ni al Codi Civil Català. L'única menció la realitza l'art. 39 de la Constitució Espanyola de 1978 (en endavant, CE) que proclama que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica i jurídica de la familia*”. De manera que, són aquests –per crida del text constitucional– els quals s'han d'encarregar i vetllar per satisfer i garantir aquesta protecció. No obstant això, tot i no contenir una definició expressa del que s'entén per la mateixa, hi ha una multiplicitat d'autors que ofereixen la seva pròpia, com és el cas de BAQUEIRO ROJAS. Segons l'entendre d'aquest autor, la família és aquell “grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone derechos y otorga deberes jurídicos”⁵. Ara bé, cal tenir en compte que en l'actualitat existeixen nous models de família que es focalitzen en noves formes de convivència al marge del model nuclear, parlem de: famílies monoparentals, reconstituïdes o matrimonis del mateix sexe. En definitiva, de la definició que antecedeix *ut supra* es pot concloure que la família, en sentit jurídic i tradicional, comprèn en la seva totalitat als ascendents,

⁵ BAQUEIRO ROJAS, E. (1994), *Derecho Civil*, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, vol.1, México: Harla, p. 9.

descendents i col·laterals fins al quart grau, val a dir, els pares, avis, germans, tiets, cosins i nebots.

La sociologia és la ciència que té per objecte l'estudi de la societat, les institucions, les estructures i el funcionament dels diversos grups existents, entre ells: la institució de la família. Sota aquesta perspectiva –de nou– BAQUEIRO ROJAS, defineix a la família sociològica com la institució social formada per membres que es troben vinculats per llaços sanguinis i els individus units a ells per interessos econòmics, religiosos o d'ajuda⁶. En aquest context, s'entén que la família és la primera i principal escola de la vida donat que des de que neix, el/la nen/-a, comença un procés d'educació a través del contacte amb els seus progenitors els quals condicionen i/o propicien, en primer ordre, el desenvolupament integral del mateix.

En síntesi, la família és una institució social i jurídica bàsica, fonamental, que compleix funcions insubstituïbles que van, des de la procreació i l'atenció primària dels fills fins les funcions econòmiques de la mateixa. Per tant, dita institució es presenta a través de distintes manifestacions i varien en funció del seu àmbit⁷, segons les formes de relació conjugal⁸, o bé, els criteris de filiació i d'autoritat⁹.

2. Violència domèstica .vs. violència de gènere. Marc conceptual.

Violència domèstica i violència de gènere són dos tipus penals diferenciats i de naturalesa independent que en nombroses ocasions es juxtaposen i, en conseqüència, admeten confusió si no es coneix el seu contingut essencial. Per tant, prèviament a analitzar ambdós tipus penals –en els apartats subsegüents– s'exposarà mínimament la diferència conceptual i els elements que provoquen que, en efecte, es considerin dos tipus penals autònoms llevat l'inicial dificultat per diferenciar-los.

⁶ BAQUEIRO ROJAS, *ob.cit.*, p. 8.

⁷ Famílies extenses o nuclears. ORTÍZ AMARO, L., Classes impartides l'any 2018 en l'assignatura de Gènere i Dret, del Grau de Dret, impartit en la Universitat Autònoma de Barcelona.

⁸ Grupal, poligàmica o monogàmiques. ORTÍZ AMARO, cit.

⁹ Matriarcal o patriarcal. ORTÍZ AMARO, cit.

En primer lloc, el terme “violència de gènere” –conducta regulada a l’art. 153.1 CP– s’empra per denotar qualsevol tipologia d’agressió dirigida a les dones pel fet de pertànyer al gènere femení¹⁰, la qual tot i no limitar-se únicament la seva comissió en l’àmbit familiar, conté com a víctima directa a la dona i indirecta a les persones especialment vulnerables que convisin amb l’autor¹¹.

Els antecedents d’aquesta figura delictiva són el conjunt de continues i aïllades discriminacions, les quals es troben, fonamentalment, vinculades a un llarg procés socio-històric en virtut del qual han continuat assignant a les mateixes un paper secundari, de subordinació i dependència respecte els homes¹². Es tracta, per tant, d’una violència instrumental, és a dir, s’utilitza com un medi per aconseguir un fi: mantenir una continuada dominació sobre la dona, ja sigui en l’àmbit familiar, social o laboral. De manera que, la dona sotmesa a maltractes no reacciona front el primer incident, així com tampoc front posteriors episodis de violència –física o psíquica–, endinsant-se en un cercle viciós de difícil sortida.

En segon lloc, contràriament, es fa menció a la “violència domèstica” –regulada a l’art. 153.2 CP– quan s’infligeixen actes de maltractament físic o psíquic que es realitzen per part d’una determinada persona sobre un o més membres del seu nucli familiar i/o de convivència. Així doncs, el concepte de violència domèstica es troba determinat pel lloc

¹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2009), “Precedentes de la Denominada Violencia de Género en el Código penal español. Apuntes Críticos”, en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, p. 26; MAQUEDA ABREU, M. (2006), “La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, núm. 08-02, pp. 2 a 5 [accés el 24 de març de 2018 en: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf].

¹¹ PERAMATO MARTÍN, T. (2006), “Análisis de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género: cuestiones penales”, en *II Congreso sobre Violencia Domestica y de Género*, p. 6. [accés el 15 d’abril de 2018 en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiigZPjkr3aAhUBjCwKHch1BeAQFggtMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FDOCTRINA%2FFICHERO%2F03.2ponencia_peramato_1.0.0.pdf&usg=AOvVaw23kXHbLLRzZbCIHTddWrpQ]. En aquest Congrés es va definir, per part del Grup d’Experts de l’Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere, el concepte de persona especialment vulnerable, entenent-la com a “cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor”.

¹² FÉLIX CÁRDENAS, R. (2003), “El Delito de Malos Tratos en el ámbito familiar. Algunas consideraciones sobre su regulación en España y México”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 33, p. 304. [accés el 30 de març de 2018 en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11516/10543>].

on s'originen els fets delictius, val a dir, la llar, entesa com l'espai domèstic o el si on resideix la família.

Les famílies que evidencien exercir maltractament envers algun integrant tenen en comú tres peculiaritats: la primera, l'existència d'una estructura jeràrquica i inamovible, arrel de creences de desigualtat natural; la segona, dependència i falta de diferenciació envers els seus membres i, per últim, la distorsió cognitiva sobre el significat dels que s'entén per actes violents, els quals se'ls arriba a presentar com legítims i positius¹³.

Tot indica que, la violència exercida contra els integrants de la família –violència domèstica– és un mecanisme utilitzat per resoldre els conflictes interpersonals¹⁴. De manera que, es trobaria desvinculada de la discriminació per raons de gènere que propicia la violència de gènere¹⁵. En conseqüència, són considerades, per part de la doctrina i la jurisprudència, dues figures delictives autònomes i independents.

¹³ LAMBERTI, S. (2008), *Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos*, Buenos Aires, Universidad, p. 21.

¹⁴ És a dir, aquells que es creen en el si de la mateixa, abans que intentar solucionar-los mitjançant tècniques no violentes.

¹⁵ RUIZ CARBONELL, R. (2002), *La violencia Familiar y los Derechos Humanos*, México, p. 21. [accés el 15 de març de 2018 en:http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHymediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Ricardo_Ruiz.pdf].

PART II. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DE GÈNERE.

1. L'article 153.1 del Codi Penal Espanyol.

L'ús de l'expressió “violència de gènere” és recent, així com també ho és el seu reconeixement en el plànol internacional i nacional. No és fins avançat el segle passat –anys noranta– que es pot trobar alguna referència expressa envers la mateixa degut a iniciatives internacionals de notòria importància com ara: la Conferència Mundial pels Drets Humans celebrada a Viena l'any 1993, la Declaració de Nacions Unides sobre l'eliminació de la violència contra la dona del mateix any o bé, la Conferència Mundial de Dones de Beijing (1995)¹⁶, entre d'altres. No obstant això, cal fer menció en que la consideració per la mateixa no s'ha estès, en termes igualitaris en tots els països, ans al contrari¹⁷.

Paulatinament, al llarg de la història espanyola s'ha evidenciat un canvi de mentalitat en la societat, car s'ha passat de comprendre el maltracte respecte la dona com un assumpte purament intern –val a dir, de la llar– a considerar-lo, en conseqüència, com un fenomen qualificat com a greu, digne de ser perseguit i sancionat penalment –per part dels poders públics– per un tipus específic (art. 153.1 CP).

En aquest sentit, les reformes operades per eradicar aquesta violència han sigut nombroses¹⁸, fins arribar a la reforma més rellevant en aquest àmbit que és la LOMPIVG. Així doncs, l'art. 1.1 d'aquesta Llei disposa que “*la presente Ley tiene por*

¹⁶ FREIXES SANJUÁN, T. (2001), “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo”, en *Revista Artículo14*, núm. 6, pp. 4 i ss.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2015), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, p. 179.

¹⁸ MUÑOZ CONDE (*ob.cit.*, p. 179). Exposa que l'existència del delictes autònom de violència de gènere comprès en l'art. 153.1 CP ha sigut fruit de diverses modificacions. Per tant, per tal de concebre i entendre com ha arribat a consagrar-se –en l'actualitat– s'han de tenir en compte les normes que l'antecedexen. En aquest sentit, el legislador penal va començar a interessar-se per aquest greu fenomen delictiu [en termes de QUERALT JIMÉNEZ, J. (2010), *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier Libros Jurídicos, p. 133.] actuant així en el front substantiu, processal i assistencial. Les reformes van iniciar-se l'any 1989, mitjançant la LO 3/1989, de 21 de juny, d'Actualització del Codi Penal, desplaçant l'arcaic precepte 425 CP i precedit, posteriorment, per la reforma de la Llei Orgànica 10/1995, en virtut de la qual es van subsumir els maltractes i la violència en l'àmbit familiar en el Títol III “De las lesiones”. En conseqüència, es millora i corregeix defectes de l'anterior, segons la efectuada, per LEÓN CHAPARRO. (2003), “Estudio del Actual Artículo 173 del Código Penal”, en *Revista Baylio* (edició electrònica), p. 1. [accés el 13 d'abril de 2018: <http://www.icace.org/pdf/ponenciaCAM1.pdf>].

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 y hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Paral·lelament, en l'àmbit català, la Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret a les dones a eradicar la violència masclista¹⁹, dóna una definició diferent a la recollida en la Llei estatal, creant, segons CUENCA GARCÍA, una dificultat alhora de concretar el seu àmbit d'aplicació²⁰. Ara bé, llevat això la dicció de l'art. 1.1 LOMPIVG, és clara al respecte: *"contempla exclusivamente la violencia racional de la pareja hombre/mujer y no al revés"*²¹.

Segons MAQUEDA ABREU, la "violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni domestica sino de género"²². Per tant, no és l'existència de la diferenciació de sexes i de la superioritat física que conté l'home, generalment, respecte del col·lectiu femení sinó que "es consecuencia de una discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal"²³. Així doncs, en relació amb lo que exposa l'autora, el gènere es podria entendre com aquella construcció social mitjançant la qual, i amb ajuda de la cultura, permet associar determinades expectatives o valors als homes i les dones. De manera que, "fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino"²⁴.

En conseqüència, i recopilant tot lo exposat *ut supra*, es pot consensuar que el delict de violència de gènere –regulat en l'article 153.1 CP– ha erigit fruit d'un llarg procés històric-social on les normes han anat regulant-lo, de forma diferent, en funció de les exigències socials i normatives del moment, culminant –fins al moment, encara que no definitiva al meu parer– amb l'actual regulació continguda en la LOMPIVG. Així

¹⁹ L'art. 5.1 de la Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret a les dones a eradicar la violència masclista disposa: *"la violencia en el ámbito de la pareja: consiste en la violencia física, psicológica, sexual o económica ejercida contra una mujer y perpetrada por el hombre que es o ha sido su cónyuge o por la persona que tiene o ha tenido con ella relaciones similares de afectividad"*.

²⁰ CUENCA GARCÍA, M^a. J., (2018), "La violencia en el ámbito familiar: historia y actualidad", en ESPUNY TOMÁS, M^a. J (Coord.), *La docencia del Derecho con perspectiva de género*, Vid. Nota 28, p. 10.

²¹ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 133.

²² MAQUEDA ABREU, *ob.cit.*, p. 2.

²³ *Ídem*.

²⁴ *Ídem*.

mateix, no és un supòsit de diferenciació de sexes i, per tant, de discriminació sinó de perspectiva de gènere. Per tant, la violència que el legislador pretén preservar és la de gènere. Dit en altres termes, “no se contempla toda violencia contra las mujeres, sino sólo una clase de violencia: la que ejercen algunos varones contra determinadas mujeres que se encuentran en una situación de debilidad en sus relaciones sentimentales”²⁵.

2. Element objectiu.

L’estructura de qualsevol tipus penal es troba composta per dos elements: la tipicitat objectiva i la tipicitat subjectiva. En conseqüència, en aquest apartat s’analitzarà la part objectiva del tipus penal de violència de gènere (art. 153.1 CP) que comportarà, en efecte, fer menció als elements que –de manera constant– estan sempre presents en la composició de tots els tipus, parlem de: subjectes, conducta, bé jurídic i, per últim, marc penal.

En primer lloc, la conducta típica de l’art. 153.1 CP²⁶ –regulador de la violència de gènere– és la causació d’un detriment psíquic o lesió de menor gravetat de les contemplades a l’art. 147.2 CP, per qualsevol medi o procediment o bé colpejar o exercir maltracta d’obra, sense causar lesió. En resumides comptes, a parer de QUERALT JIMÉNEZ, “se trata de causar cualquier lesión que no sea una lesión grave”²⁷. Certament, ens trobem front un delictes de resultat i de medis indeterminats –no de mera activitat– que exigeix, a més de la realització de l’acció o de la omissió, la producció d’un resultat lesiu o la posta en perill d’un bé jurídic protegit.

No obstant això, prèviament a exposar quin tipus de lesió és la que provoca la consumació del tipus penal objecte d’anàlisi, cal fer una breu menció a la reforma del

²⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 133.

²⁶ L’art. 153.1 CP disposa: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 138.

CP amb l'aprovació de la Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març –en endavant LO 1/2015–. La disposició derogatòria única continguda en la mateixa Llei Orgànica és la que va incentivar la reforma i, en efecte, estableix que “*queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”. Per tant, deroga el Llibre III relatiu a “*las faltas y sus penas*” i introdueix, al mateix temps, el novedós concepte de delictes lleus²⁸ que afecta –en termes d'AMER MARTÍN– “no sólo semánticamente en relación con las antiguas faltas, sino que modifica sustancialmente la tipicidad y el tratamiento procesal de las mismas desde el nuevo concepto de delito leve”²⁹. Desaparegudes les faltes s'inclouen en la conducta delictiva prevista a l'art. 153.1 CP tres possibilitats: des del maltracte d'obra sense causar lesió³⁰ fins a la causació d'un detriment psíquic o lesió –per qualsevol medi o procediment–, que pot requerir per la seva sanitat o cura: una primera assistència facultativa i un posterior tractament mèdic o quirúrgic (simultàniament)³¹ o bé, una simple i aïllada primera assistència facultativa³².

L'assistència facultativa es podria definir com l'ajuda que es presta a qui té algun problema, es queixa o li fa mal alguna cosa sense que es requereixi l'adopció de cap mesura curativa. I, per contra, s'entendria per tractament mèdic o quirúrgic un conjunt sistemàtic d'actes realitzats en el transcurs del temps amb una finalitat eminentment

²⁸ L'art. 13 CP disposa: “1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

²⁹ AMER MARTÍN, A. (2016), “La derogación de las faltas y la creación de los delitos leves por la LO 1/2015, en *Noticias Jurídicas*, p. única [accés el 14 d'abril de 2018 en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11234-la-derogacion-de-las-faltas-y-la-creacion-de-los-delitos-leves-por-la-lo-1-2015/#_Toc456800839].

³⁰ L'art. 147.3 CP disposa: “*el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses*”. Aquesta pena, segons l'art. 33.4.g) CP, és qualificada com a pena lleu.

³¹ L'art. 147.1 CP disposa: “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”. En aquest supòsit, si la lesió no precisés de tractament mèdic o quirúrgic i només exigís la primera assistència facultativa, aleshores constituiria un tipus privilegiat previst a l'art. 147.2 CP, que es caracteritza com un tipus residual o subsidiari quan la lesió no compleix els requisits establerts a l'art. 147.1 CP.

³² L'art. 147.2 CP disposa: “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses*”.

curativa. És doncs, el tractament mèdic o quirúrgic el vertader element diferencial entre ambdues classes de lesions, val a dir, les de l'art. 147.1 i l'art. 147.2 CP. Per tant, s'ha d'excloure del concepte de tractament els casos en els que el personal sanitari intervé enfront una situació simptomatològica, queixa o demanda del lesionat que després no dóna lloc a una activitat pròpiament terapèutica³³. Així mateix, i en relació amb lo acabat d'exposar, cal addicionar que la causació del detriment de l'art. 153.1 CP pot ser emprada tant en la seva vessant física com psíquica que seguidament s'exposarà.

Per una banda, el detriment psíquic o psicològic convindrem que és aquell tipus de violència que no deixa cap tipus d'empremta evident, car són tortures sense sang i sense marques físiques. No obstant això, llevat la manca de definició legal del concepte existeixen nombroses definicions realitzades, per part de la doctrina i la jurisprudència, que permeten determinar el que s'entén pel mateix. Certament, el Tribunal Suprem, en nombroses sentències, a fet referència a la violència psíquica entenent-la com aquella situació de *“vejación y humillación continuada, metódica i deliberada cuyo objetivo es conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima”*³⁴. La doctrina, també, s'inclina per centrar-se en la idea d'humiliació o enviliment. En aquest sentit CANOSA USERA, entenent que existeix *“una rebaja de la dignidad del sujeto lesionado en su integridad moral”*³⁵. Per tant, el detriment psíquic ha de ser entès com un detriment de la psique que ocasiona actes d'escassa gravetat i que no són, per sí sols, constitutius de delictes, però que sotmeten a la víctima a un estat d'agressió permanent que l'implica viure sota domini, amb temor i por³⁶.

D'altra banda, la lesió física –en sentit ampli– és un dany infringit per una persona respecte d'una altre. Segons, ROMO PIZARRO, quan parlem de lesió fem referència a un detriment corporal o desequilibri en la integritat, funcionament, estructura i vitalitat dels teixits, causat per qualsevol fet o procés violent. Aleshores, des del punt de vista

³³ MUÑOZ CONDE, *ob.cit.*, pp. 97 i ss.

³⁴ STS núm. 932/2003, de 27 de juny, FJ. 2, paràgraf 3er.

³⁵ CANOSA USERA, R. (2006), *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, p. 94. [accés el 14 d'abril de 2018 en: <https://books.google.es/books?id=9PHGTMLAOrMC&pg=PA94&lpg=PA94&dq=doctrina+menoscabo+psiquico&source=bl&ots=jwsU6J3RrZ&sig=XikV3-9kHwdpIOXlp-F2YONkcw4&hl=ca&sa=X&ved=0ahUKEwj81NbVvbraAhWLyKYKHdXpATMQ6AEIJAA#v=onepage&q=doctrina%20menoscabo%20psiquico&f=false>].

³⁶ STS de 21 de desembre de 2001.

legal, la lesió conté implícitament l'element del dany ocasionat tan en el cos com en la salut física o mental d'una persona³⁷.

En segon lloc, les conductes acabades de descriure han de recaure essencialment sobre subjectes que –segons MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN– són aquells que realitzen l'acció prohibida o bé ometen l'acció esperada³⁸. L'art. 153.1 CP disposa i identifica com a subjectes passius del delictes de violència de gènere a “*la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Així doncs, la redacció d'aquest precepte estableix, de manera clara i precisa, que només l'espòs, ex espòs, parella de fet o ex parella de fet de la víctima pot ser subjecte actiu, i la dona tan sols pot contenir, en efecte, la qualitat de la víctima, propugnant a una dominació unidireccional no bidireccional³⁹ i constituint un delictes de caire especial⁴⁰.

Aquesta circumstància, recollida en el text legal referit, ha sigut motiu de moltes crítiques basades tant en la vulneració del principi d'igualtat entre home i dona, com en el principi de proporcionalitat. En referència a la primera vulneració –principi d'igualtat– és evident que el propi tipus penal no només exclou a l'home com a potencial víctima sinó que, a més, l'inclou –en contrapartida– com a l'únic generador d'actes violents en el marc de l'àmbit de les relacions de parella. Fet que propicia problemes referents a la constitucionalitat en l'aplicació de l'art.153.1 CP, un cop reformat per la LOMPIVG⁴¹. Respecte la vulneració del principi de proporcionalitat en les penes es farà remissió en l'apartat cinquè d'aquesta mateixa part del present treball.

³⁷ ROMO PIZARRO, O. (2000), *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 359.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, pp. 259 i ss.

³⁹ ULLOA RUBIO, I. (2010), “El tratamiento de la violencia de género, en relación con la igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16/2^a, p. 325. [accés el 15 d'abril de 2018 en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6sNDfmLzaAhVkyPoKHeoiDhoQFghBMAM&url=http%3A%2F%2Fjournals.sfu.ca%2Fredf%2Findex.php%2Fredf%2Farticle%2Fdownload%2F256%2F249&usg=AOvVaw165PNjGVGL_xyfitmcyjB7].

⁴⁰ MIRANDA AVENA, C. i MARTOS MARTÍNEZ, G., “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal, penitenciario*, núm. 77, p. 92. [accés el 15 d'abril de 2018 en: [http://eprints.ucm.es/12218/2/La violencia de género y el principio de igualdad ante la Ley.pdf](http://eprints.ucm.es/12218/2/La%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%20y%20el%20principio%20de%20igualdad%20ante%20la%20Ley.pdf)].

⁴¹ LUQUE de GREGORIO, M. A., (2016), “La inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, ¿es posible combatir la violencia de género sin que se vea afectado el derecho a la igualdad?”, *Trabajo de Fin*

Finalment, considero oportú fer una proposta personal de modificació del Dret Penal substantiu en referència amb la violència de gènere. En aquest sentit, seguint amb els subjectes –passiu i actiu– plantejo les següents qüestions envers el col·lectiu de LGTB⁴²: *què succeeix amb les persones homosexuals, bisexuals i transsexuals?; poden formar part d'aquest tipus penal?; en supòsits de transsexuals en procés de canvi de sexe, quan es consideraran subjectes passius o actius d'aquest tipus?, durant el canvi?, un cop efectuat el DNI o bé després?*⁴³.

La sexualitat és una circumstància que incideix pròpiament sobre el subjecte des del seu naixement i, en efecte, és la que defineix a l'individu al llarg de la seva vida fent-lo/-a únic/-a i irrepetible, val a dir, amb una identitat pròpia intransmissible i inembargable⁴⁴.

Cada cop són més les mostres, en la nostra societat, que constaten les multiplicitats de relacions afectives, de nuviatge o de parella –matrimoni o parelles de fet– entre individus. Són, per tant, formes de relacionar-se afectivament que difereixen del model tradicional defensat dècades darreres on en moltes ocasions era prohibit o bé entès, fins i tot, com una malaltia amb necessitat de tractament⁴⁵. Trobem, per tant, com es mostra en l'esquema núm. 1, parelles homosexuals; bisexuals (individus que mantenen relacions tan homosexuals com heterosexuals)⁴⁶; i transsexuals (individus que modifiquen el seu sexe, d'acord amb les directrius imposades per l'art. 4 de la Llei

de Máster en Universidad Complutense de Madrid, p. 14 [accés el 15 d'abril de 2018 en: <http://eprints.ucm.es/38156/1/La%20Inconstitucionalidad%20de%20la%20Ley%20Orgánica%201%202004.pdf>]. Es van presentar més de 180 qüestions de constitucionalitat per part dels jutges –de les quals 127 van ser admeses pel TC– els quals entenen que no podien aplicar la nova redacció del precepte 153.1 CP en consonància amb la Llei Integral per no ser compatible la mateixa amb l'art. 14 i 1.1 CE.

⁴² LGTB és l'acrònim emprat per referir-se col·lectivament a les persones Lesbianes, Gais, Bisexuals i Transsexuals.

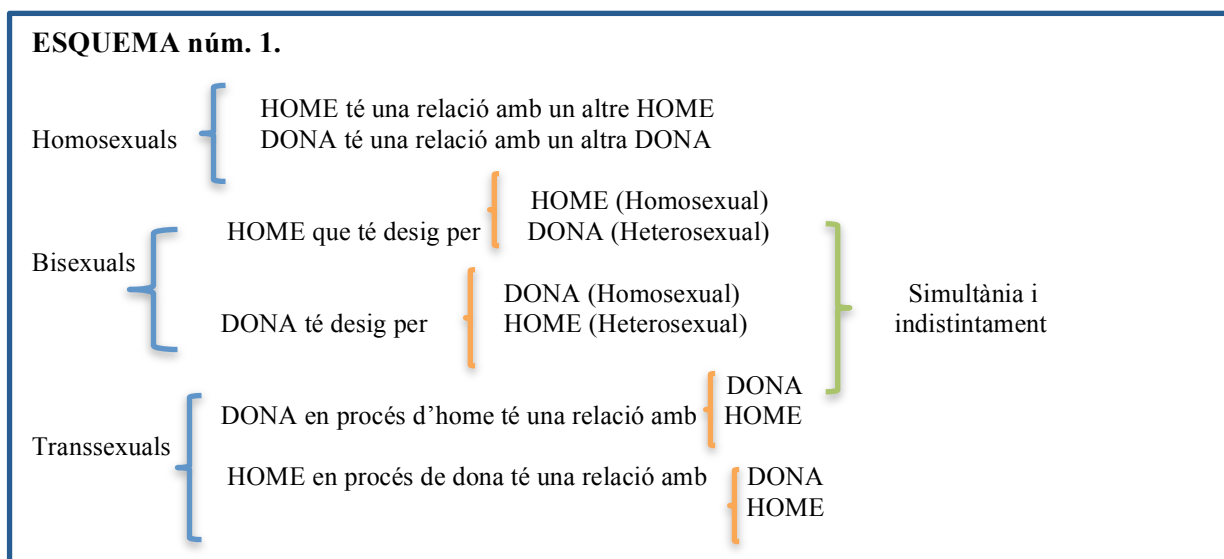
⁴³ L'art. 8.1 de la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de Protecció de la Seguretat Ciutadana disposa: “*Los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad. El Documento Nacional de Identidad es un documento público y oficial y tendrá la protección que a éstos otorgan las leyes, así como suficiente valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular*”.

⁴⁴ ANDRÉS NOIR, R. (2010), “Sobre el movimiento LGHBT (Lésbico-Gay, Homosexual-bisexual, transgénero”, en *Revista Electrónica de Psicología Política*, núm. 22, p. 129. [accés el 2 de maig de 2018 en: http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf].

⁴⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2008), *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 38. [accés el 2 de maig de 2018 en: <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/DiscriminacionOrientacionSexualIdentidadGeneroDerechoEspanol.pdf>].

⁴⁶ Definició realitzada per la Real Acadèmia Espanyola. [accés el 2 de maig de 2018 en: <http://dle.rae.es/?id=5blpffT>].

3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones).



Es tracten de relacions de persones en les que també es poden donar episodis de violència, fenomen que es coneix com a: violència intragènere⁴⁷. Malgrat ser una realitat minoritària existeix i, com a tal, l'ordenament jurídic l'ha de prendre en consideració, és a dir, tenir-la present. Així doncs, aquest col·lectiu no estaria contingut *a priori* en la violència de gènere, donat que l'art. 153.1 CP no pot aplicar-se a les relacions homosexuals, ja que no es compleix el requisit dels subjectes, tant actiu com passiu del tipus delictiu, per lo que no es pot entendre com un delictes de violència de gènere. De manera que, no s'aplicarà a relacions homosexuals entre homes, però tampoc entre dones, car en consonància amb l'art. 1 propi de la LOMPIVG aquest disposa 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 (...)*”.

⁴⁷ MUJIKA FLORES, I. (2009), “Comparecencia ante la Subcomisión para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género”, en *Aldarte*: “Centro de Atención a Gays, Lesbianas y Transexuales”, p. 3. [accés el 2 de maig de 2018 en: <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/COMPARECENCIA.pdf>]. En aquesta compareixença es defineix la violència intragènere i, segons l'autora es “aquella que en sus diferentes formas se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo constituyendo al igual que en la violencia del hombre dirigida hacia la mujer un ejercicio de poder siendo el objetivo de la persona que abusa dominar y controlar a su víctima”.

De manera que, s'aprecia com és el sexe dels individus –masculí o femení– el que genera una situació de discriminació fonamentada en la dominació o subordinació –requisit de l'art. 153.1 CP– tancant, consegüentment, les portes a determinats individus a que siguin protegits per la condició que continguin. Per tant, al no contenir aquests les mateixes característiques deixa de castigar-se d'una manera integral per fer-ho de forma diferencial.

3. Element subjectiu.

L'únic element subjectiu que admet el tipus penal de l'article 153.1 CP és el dol. Així doncs, tant la realització d'accions que poden causar un detriment psíquic o físic a la víctima, com aquelles accions consistents en colpejar o maltractar d'obra sense causar lesió, han de ser doloses.

El dol es compon per la voluntat –voler tant l'acció o l'omissió, i en el seu cas, el resultat – i el coneixement de les circumstàncies del fet i de la seva significació. En altres termes, és una agressió conscient i voluntària de realitzar tots els elements objectius del tipus, per tant, concorre l'element intel·lectual i l'element volitiu, el subjecte coneix i vol aconseguir el resultat típic desitjat⁴⁸.

Particularment, el dol en el tipus objecte d'anàlisi s'ha de justificar amb la intenció o bé amb l'ànim de lesionar, és a dir, amb l'element intel·lectual i volitiu, tendents a produir un resultat lesiu, amb el consegüent nexa causal. Per últim, cal tenir en compte que, el dol en aquest àmbit ha de ser definit partint de les finalitats per les quals fou creada la LOMPIVG. Així doncs, com s'ha exposat anteriorment, el propòsit de la LO referida és castigar específicament, segons QUERALT JIMÉNEZ, l'abús de poder dels homes respecte les dones vinculades per una relació d'afectivitat, i és per aquest motiu que s'entén inclòs el mateix en el tipus subjectiu⁴⁹. Una de les nombroses sentències del Tribunal Constitucional assenyala que això permet posar de relleu que la conducta de l'autor s'inserta “*en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas*” i, per això la dota “*de una violencia mucho mayor que la que su acto*

⁴⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, pp. 268 i ss.

⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 138.

objetivamente expresa”⁵⁰. Per tant, lo decisiu “es la acreditación del contexto, acreditación que, por lo general, al igual que la voluntariedad y dominio de la acción no requiere esfuerzo cognitivo ni discursivo alguno”⁵¹.

4. Bé jurídic protegit penalment.

En aquest apartat s’efectuarà l’estudi corresponent al concepte dogmàtic de bé jurídic protegit, per tal de poder identificar posteriorment –al tipus penal objecte estudi– quin és l’element que l’ordenament jurídic espanyol pren en consideració i que, en efecte, pretén preservar.

A mode introductori, el concepte dogmàtic de bé jurídic protegit fou definit per BIRNBAUM l’any 1834⁵² i des del seu inici es va associar amb la idea d’interès o utilitat. Així doncs, era entès *ab initio* com “todo valor de la vida humana protegida por el derecho”⁵³, i se’l va considerar objecte de protecció al ser un valor individual o de conjunt que mereixia no ser vulnerat per l’acció d’un altre individu⁵⁴. Per tant, aquests són béns vitals i fonamentals per l’existència en comú dins d’una societat o comunitat, i engloben tan aspectes individuals, com col·lectius o institucionals que concorren en els processos de relació que conté l’individu amb la seva comunitat, on el propi Dret Penal assumeix la tutela i ofereix una concreció material dels mateixos.

La ubicació sistemàtica del delicte en el CP ens permet entreveure quin és el bé jurídic protegit penalment. En aquest sentit, el delicte objecte d’anàlisi es troba contingut en el Títol III sota la rúbrica “*De las lesiones*”, per tant, el que protegeix la llei penal –segons la majoria de la doctrina científica– és la integritat física i moral de la dona en una dimensió que até la seva pròpia autonomia personal⁵⁵. Tot i que, un altre corrent doctrinal –previ a la reforma del CP– també inclou com a bé jurídic protegit la dignitat

⁵⁰ STC núm. 45/2009, de 19 de febrero, FJ. 5.

⁵¹ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 139.

⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1991), “Bien Jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, p. 5.

⁵³ COBO DEL ROSAL, M. i VIVES ANTÓN, T. (1999), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, p. 249.

⁵⁴ ZAMORA JIMÉNEZ, A. (2008), “Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal”, en *Revista Letras Jurídicas*, núm. 6, pp. 3 i ss. [accés el 12 d’abril de 2018 en: <http://cuci.udg.mx/letrasjuridicas/index.php/letrasjuridicas/article/view/59/59>].

⁵⁵ STS núm. 927/2000, de 24 de juny de 2000, FJ. 4, paràgraf c.

de les persones i de la família. Exemplificació d'aquesta última afirmació és una sentència del Tribunal Suprem que estableix que *“la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad, constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivas de faltas, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima sistemático de maltrato, no sólo por lo que comporta un ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas sino, esencialmente, por lo que implica una vulneración de los deberes esenciales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar”*⁵⁶. No obstant això, si existeix família en una llar on es produeix violència de gènere és veritat que podria veure's afectada indirectament. Malgrat que, cal tenir en compte que la inclusió d'aquesta com a bé jurídic protegit –segons QUERALT JIMÉNEZ i al meu entendre– és errònia, car podria provocar un *“efecto desdibujador de la violencia de género como motor político-criminal”*⁵⁷, donat que té més relació amb la violència domèstica habitual.

5. Marc penal.

Tal i com he assenyalat a l'inici d'aquest apartat, l'art. 153.1 CP quan fou introduït per la LOMPIVG, no sols va rebre crítiques per considerar que vulnerava el principi d'igualtat –contingut a l'art. 14 CE– sinó perquè també es considerava que vulnerava el principi de proporcionalitat.

El Tribunal Constitucional ha tingut la oportunitat de pronunciar-se, en nombroses ocasions, sobre el principi de proporcionalitat en matèria penal⁵⁸. Els antecedents del qual es remunten a la Declaració dels Drets i dels Deures de l'Home i del Ciutadà de 22 d'agost de 1795, particularment, en l'article 12⁵⁹, implantant-se, gradualment, en altres

⁵⁶ STS núm. 5001/2013, de 30 de setembre de 2000, FJ. 2, paràgraf b.

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 137.

⁵⁸ STC núm. 160/1987, de 27 de novembre; STC núm. 55/1996, de 28 de març; STC núm. 161/1997, de 2 d'octubre, entre d'altres.

⁵⁹ L'art. 12 de la Declaració dels Drets i dels Deures de l'Home i del Ciutadà, de 22 d'agost de 1795 disposa: *“la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”*.

textos normatius, com ara en l'octava esmena de la Constitució dels Estats Units de 1791⁶⁰.

El principi de proporcionalitat s'exerceix mitjançant un judici de ponderació entre l'acció o, si és el cas, l'omissió amb la pena i el fi que es pretén aconseguir. Per tant, intrínsecament ha d'atendre “a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido del injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor”⁶¹. De manera que, la proporcionalitat de la pena a la gravetat del delictes serà també l'adequada a la finalitat de la tutela.

En referència al marc penal, l'art. 153.1 CP disposa que “*será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años*”. Aplicant la teoria exposada, i relacionant el principi de proporcionalitat amb la pena que contempla el precepte, es pot considerar, i així es fa per part de la doctrina, que es vulnera dit principi al castigar amb penes de presó “conductas poco peligrosas para la integridad física (por ejemplo, una bofetada o un empujón) hechos que normalmente eran castigados con penas mucho más leves”⁶². No obstant, la diferència en la penalitat ha sigut declarada adequada per part del TC, al desestimar totes i cadascunes de les qüestions d'inconstitucionalitat plantejades⁶³, doncs la diferència punitiva “*no genera desequilibrio patente y excesivo o irrazonable*”, com es venia dient⁶⁴.

Finalment, cal tenir en compte que, d'acord amb l'art. 153.4 CP s'atorga la possibilitat de disminuir la pena en un grau, si el jutge, ho considera oportú en funció de les peculiaritats del cas. Dit en altres termes, atenent, segons la dicció que ofereix l'art. 153.4 CP, “*a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la*

⁶⁰ COBO DEL ROSAL i VIVES ANTÓN, *ob.cit.*, p. 88.

⁶¹ COBO DEL ROSAL i VIVES ANTÓN, *ob.cit.*, p. 89.

⁶² CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T; FELIP i SABORIT, D.; RAGUÉS i VALLÈS, RAMÓN (Coord.); SILVA SÁNCHEZ, J. M^a (Dir.). (2015), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, p. 90.

⁶³ SSTC 59, 76, 80, 81, 82, 83, 95, 96, 98 i 99/2008; 164, 166, 167, 178/2010.

⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 140.

realización del hecho”, és a dir, a la forma i la intensitat de l’agressió, la intensitat de l’acció, personalitat de l’autor, entre d’altres⁶⁵.

⁶⁵ STC núm. 99/2008, de 24 de juliol de 2008, FJ. 2, paràgraf b.

PART III. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DOMÈSTICA OCASIONAL o “AÏLLADA”.

1. L'article 153.2 del Codi Penal Espanyol.

Un cop entrada en vigor la LOMPIVG es van estipular tres àmbits per a la protecció específica de les persones front la violència: violència de gènere, violència domèstica i violència assistencial⁶⁶. El contingut i naturalesa de les quals difereixen entre elles, car engloben supòsits de fet antagònics. No obstant això, l'exposició d'aquest apartat es focalitzarà en la violència domèstica ocasional o “aïllada” regulada a l'art. 153.2 CP⁶⁷.

Amb caràcter previ, convindrem que existeix violència domèstica, en termes de MUÑOZ CONDE, “cuando determinados delitos se cometen contra personas vinculadas familiar o afectivamente al agresor o agresora (cónyuges, parejas de hecho o novios, actuales o pasados, quedando excluidos los que dan lugar a violencia de género; ascendientes, descendientes, hermanos propios o del cónyuge o conviviente), o personas con las que convive (menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección convivientes o sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o conviviente; u otras personas integradas en la familia)”⁶⁸.

2. Element objectiu.

Respecte a la tipicitat objectiva del tipus penal de violència domèstica ocasional o “aïllada” cal esmentar que trobem elements comuns amb l'art. 153.1 CP, regulador de la violència de gènere. Pel que fa a la conducta típica i al bé jurídic penalment protegit em

⁶⁶ CUENCA GARCÍA, *ob.cit.*, p. 160 i ss.

⁶⁷ L'art. 153.2 CP disposa: “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, *ob.cit.*, p. 181.

remeto a lo assenyalat en la violència de gènere. Malgrat que, envers els subjectes –actiu i passiu– hi ha distincions dignes de prendre en consideració.

Pel que fa al subjecte actiu, el tipus penal conté dues variants: la primera es refereix a persones lligades per vincles, de fet o de dret, val a dir, als *familiars lato sensu*. Realitzada aquesta precisió, segons QUERALT JIMÉNEZ, existeixen els següents grups d'autors/-res: “los abuelos, padres hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad); el tutor, curador, acogedor o guardador de hecho de menores o incapaces provenientes de la pareja o ex pareja, mientras convivan con el autor; y cualquier otro miembro de la familia que ampare a un tercero en su seno”⁶⁹. La segona variant es refereix a un altre grup de subjectes: “las personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”⁷⁰, on l'autor/-a pot ser qualsevol, inclosos els seus cuidadors.

En síntesi, l'art. 153.2 CP preveu com a possibles subjectes actius tan l'home com la dona, és a dir, no hi ha una distinció sexista sobre la comissió del tipus delictiu, a diferència de l'art. 153.1 CP. Sorgeixen dues possibilitats: la primera, seria el supòsit en el que la dona pica a l'home o bé als subjectes que enumera i contempla l'art. 173.2 CP⁷¹. Un exemple d'aquesta afirmació, podria ser –entre d'altres– la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de San Sebastià que, reproduïx i accepta, els fets provats pel Jutjat de lo Penal núm. 2 de la mateixa capital envers la mare i autora del delictu, Àngela. Indicant que la mateixa va colpejar al seu fill menor Leovigildo (de 8 anys d'edat) amb un cinturó al cap, causant-li unes lesions –consistents en una ferida lineal d'uns 3-4cm– “*que no requirieron de tratamiento médico simplemente necesitando 21 días para sanar, de carácter no impeditiva y sin dejar secuelas*”⁷².

⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 140. En aquesta modalitat de l'autoria estariem front un delictu especial impropï.

⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 140. En aquesta modalitat de l'autoria estariem front un delictu comú.

⁷¹ L'art.173.2 CP disposa: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o 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*”.

⁷² SAP de San Sebastià núm. 1014/2016, de 12 de desembre de 2016.

La segona possibilitat seria el cas de l'home que pica als subjectes que recull l'art. 173.2 CP⁷³ però, contràriament, aquest no pot picar o colpejar a la dona, exdona, parella o exparella, o novia, convivent o no, perquè sinó l'acció es subsumiria en un supòsit de violència de gènere (art. 153.1 CP). I, si aquesta s'exercités de forma reiterada s'estaria front la comissió d'un delict de violència domèstica amb el component d'habitualitat (art. 173.2 CP). Quan parlem de picar o colpejar –lesions, art. 147 CP– cal tenir en ment les mencions que s'han efectuat anteriorment al respecte.

A tot això, a diferència del referit en l'art. 153.1 CP, l'apartat 2 no distingeix entre les qualitats que han de tenir tant la víctima com el victimari, de manera que, poden ser en ambdues tant l'home com la dona.

Finalment, cal fer una precisió pel que respecta als subjectes especialment vulnerables, donat que la resposta, en termes de QUERALT JIMÉNEZ, “no puede ser tan limpia como la que se dio para la violencia de género, esto es, limitar a menores e incapaces, puesto que el último inciso de sujetos pasivos, es mucho más amplio”⁷⁴. Per tant, podran acollir-se sota aquesta expressió aquells (menors i incapaços), tot i que han de fer-ho igualment les persones impedides essent la seva minusvalidesa la raó del seu ingrés i estança en centres de custòdia públics o privats; així, podran incloure's en aquest apartat, no només als jubilats que visquin en una residència o als dements internats –si no estan ja prèviament incapacitats–, sinó a qualsevol intern en un hospital per una malaltia comú (p. ex. un traumatisme de tràfic) o una intervenció seria (p. ex. trasplantament d'òrgans) o, inclús un internament voluntari (p. ex. centres de desintoxicació). Comú a tots ells és la falta de capacitat d'autodeterminació del seu desplaçament i no la seva mera malaltia o minusvalidesa. Per això, l'agressió pot venir tant del personal del centre com de tercers aliens al mateix: visitants, familiars, etc...⁷⁵

⁷³ SAP de Salamanca núm. 136/2013, de 20 de noviembre, FJ. 2, paràgraf 3er. En aquesta sentència es relaten fets que són, en efecte, constitutius del delict de violència domèstica ocasional o “aïllada” (art. 153.2 CP). Es tracten de maltractes que són promoguts per part del progenitor, el Sr. Millán, contra un dels seus fills –l'altre fou testimoni– com a conseqüència d'una baralla amb els mateixos “*porque habían estado mucho tiempo con el ordenador y no preparaba suficientemente el carnet de conducir*”, finalitzant la baralla exerceix violència, donat que “*lo agarró por el cuello a su hermano adolescente de 15 años y lo tiró contra la cama*”.

⁷⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 141.

⁷⁵ S'inclouen en aquest apartat tots aquells individus que manquen de la capacitat d'autodeterminació de desplaçament, fem referència a: jubilats que visquin en una residència; dements internats; interns en hospitals com a conseqüència d'una malaltia comú (p. ex. ictus); d'una intervenció delicada (p. ex.

3. Element subjectiu.

L'únic element subjectiu que admet el tipus penal contingut en l'art. 153.2 CP és el dol car engloba la realització de les accions que preveu el precepte, val a dir, causar un dany psíquic o físic, colpejar o bé maltractar d'obra sense causar lesió.

A tenor de LUZÓN CUESTA, s'entén per dol “la voluntad dirigida a la comisión de un hecho delictivo”⁷⁶. En aquesta línia, el dol s'ubica dins de l'estructura del delictu i no de la culpabilitat, per tant, el mateix pivota sobre dos elements: el volitiu i l'intel·lectual o cognitiu. El primer comporta la voluntat d'executar el fet i, el segon, que implica conèixer: els elements objectius del fet delictiu; el coneixement de la significació antijurídica de l'acció i el coneixement del resultat de l'acció⁷⁷.

Concretament en l'article objecte d'estudi s'ha de justificar la intenció o l'ànim de lesionar, és a dir, els elements intel·lectuals i volutius esmentats en correspondència amb el nexu causal tenint en compte i, en correlació, amb els fins pels quals va ser creada la LOMPIVG.

4. Bé jurídic protegit penalment.

El delictu de violència domèstica ocasional o “aïllada” comparteix, conjuntament, amb el tipus penal de violència de gènere (art. 153.1 CP) els béns jurídics protegits, justament perquè ambdós es troben ubicats sistemàticament en el Títol III sota la rúbrica “*De les lesions*”. Es tracta d'un dret amb reconeixement –internacional i constitucional– tant és així que l'art. 15 CE disposa i reconeix que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”⁷⁸, configurant-lo com un dret fonamental i dotant-lo d'especials garanties contingudes a l'art. 53 CE.

trasplantament d'un òrgan), entre d'altre. Per aquest motiu, l'agressió pot provenir tant del propi personal del centre com de tercers aliens al mateix.

⁷⁶ LUZÓN CUESTA, J. M^a. (2005), *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dyknsón, p. 83.

⁷⁷ LUZÓN CUESTA, *ob.cit.*, pp. 84 i ss.

⁷⁸ L'art. 15 CE incorpora la protecció de la integritat física i moral de tota persona com a cobertura del dret a la vida digne (art. 14 CE). Es tracta del dret de tota persona a decidir sobre les actuacions que puguin produir un dany o deteriorament en el seu cos, així com aquelles que puguin alterar negativament el seu benestar psicològic, o suposin humiliació o enviliment.

El Dret Penal, d'acord amb el principi del bé jurídic, protegeix determinats béns jurídics però no tots i, a parer de LUZÓN CUESTA, només s'ha de tipificar com a delictes la seva lesió efectiva o potencial, a través d'una acció o omissió, dolosa o culposa⁷⁹.

Com ja s'ha fet esment *ut supra* sobre la mateixa convindrem, a grosso modo, que la integritat física protegeix, en termes d'una Sentència l'Alt Tribunal, “*el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento*”⁸⁰. De manera que, perquè existeixi una vulneració del dret a la pròpia integritat és necessari que es produeixi un deteriorament o menyscabament, encara que sigui de caràcter lleu. Tot i així, la violència física és un tema ja tractat clàssicament que no suscita especials complicacions. Ara bé, en contraposició, fixar el perímetre de la violència psíquica o moral si que origina problemes exegètics.

La interpretació gramatical del terme violència no ajuda gaire donat que el propi terme significa justament força física⁸¹, per lo que es evident, segons DEL MORAL GARCÍA, que “se está utilizando en sentido figurado”⁸². Per tant, podríem convenir que la violència psíquica o moral és qualsevol acte de degradació personal o humiliació de certa intensitat que afecti a la dignitat de la persona, que es veu, desproveïda del respecte que mereix pel mer fet de ser persona (art. 10 CE). Certament, es podrà considerar tracte degradant, aquell que pugui crear en les víctimes sentiment de temor, angoixa, inferioritat susceptibles d'humiliar-los, envilir-los i d'infringir, si s'escau, la seva resistència física o moral, tal i com va establir diversa jurisprudència del Tribunal Suprem⁸³.

⁷⁹ LUZÓN CUESTA, *ob.cit.*, p. 51.

⁸⁰ STC núm. 207/1996, de 16 de desembre, FJ. 2.

⁸¹ Així apareix caracteritzat a l'art. 1276 del Codi Civil Español: “fuerza irresistible”. I l'accepció bàsica de violent segons la Real Acadèmia Espanyola es “lo que obra con ímpetu o fuerza”.

⁸² DEL MORAL GARCÍA. A. “Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. Actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consell General del Poder Judicial, p. 479. [accés el 4 de maig de 2018 en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwi6tcqM4OvaAhUBBiwKHUCBBFwQFjAEegQIABBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FDOCTRINA%2FFICHERO%2F02EVD-3_1.0.0.pdf&usg=AOvVaw0-5dr4CB7rzQXxPsteb-7r].

⁸³ STS núm. 1061/2009, de 26 d'octubre, FJ. 3, paràgraf 1er i la STS núm. 20/2011, de 27 de gener, FJ. 4, paràgraf. 1.

En síntesi, segons MAESTRE SALCEDO, la tocant interconnexió entre l'aspecte físic i el psicològic o moral és difícil de dirimir en un sol tipus de maltracte, donat que els trobem units, ja que darrere d'un maltracte físic existeixen repercussions psicològiques i, alhora, es freqüent la somatització física del maltracte moral⁸⁴.

5. Marc penal.

El marc penal previst pel delictes de violència domèstica ocasional o "aïllada" és de *"tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años"*.

⁸⁴ MAESTRE SALCEDO, A. (2016), "La violencia doméstica y su análisis jurisprudencial", en *I Congreso sobre Violencia Doméstica i de Gènere*, p. 4. [accés el 4 de maig de 2018 en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7yYXMcEEKEJ:www.icasbd.org/vido/wp-content/uploads/2016/02/la-VIDO-y-an%25C3%25A1lisis-jurisprudencial.-Andr%25C3%25A9s-Maestre.rtf+&cd=1&hl=ca&ct=clnk&gl=es&client=safari>].

PART IV. ANÀLISI DOGMÀTIC DEL DELICTE DE VIOLÈNCIA DOMÈSTICA HABITUAL.

1. L'article 173.2 del Codi Penal Espanyol.

El tipus penal recollit a l'article 173.2 del Codi Penal⁸⁵ preveu el delicte de violència domèstica comesa amb el component d'habitualitat, establint un ampli cercle de subjectes passius, val a dir, de víctimes.

Dit precepte, en termes de CUENCA GARCÍA, “castiga a aquel que ejerce violencia física o psíquica habitual sobre un determinado sujeto pasivo vinculado al agresor. Se produce un ataque a la dignidad, derivado del maltrato habitual”⁸⁶. Així doncs, en els subsegüents apartats es procedirà a realitzar –com s’ha efectuat amb els altres preceptes– l’anàlisi de la tipicitat objectiva, subjectiva, el bé jurídic protegit penalment –que difereix de l’art. 153.1 i 153.2 CP– i, en últim terme, quin és el marc penal previst al respecte.

Finalment, cal esmentar que la reforma d’aquest precepte a mans de la LO 15/2003 segueix oferint una deficient tècnica legislativa que dificulta la seva comprensió. Per tant, és convenient anar desglossant aquest tipus per tal d’entendre-ho. Seguidament, s’incideix en la tipicitat objectiva i subjectiva, així com, en el seu marc penal.

⁸⁵ L’art.173.2 CP disposa: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”.

⁸⁶ CUENCA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 166.

2. Element objectiu.

De la descripció legal del l'art. 173.2 CP es desprenen una sèrie d'elements que conformen l'injust de violència domèstica però que –a diferència de “l'ocasional o aïllada, art. 153.2 CP”– exigeix el component de l'habitualitat⁸⁷. Així doncs, d'aquest precepte s'evidencien les següents notes que s'aniran desgranant, a continuació, en subapartats per l'ampli contingut que conté:

2.1. L'exercici de la violència física o psíquica per part del subjecte actiu.

En primer lloc, la redacció de l'art. 173.2 CP comença establint quina és la conducta o l'acció típica pressa en consideració, per part de l'ordenament jurídic, per ser susceptible la mateixa d'enjudiciament, i aquesta és: “*el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica*”. Per tant, l'ús de la violència –concepte definit per l'Organització Mundial de la Salut (OMS)⁸⁸ – envers un altre subjecte, convindrem que, es pot exercir tant en la seva vessant física⁸⁹ com en la seva vessant psicològica. La primera, *vis física*, no suscita especials complicacions, a diferència de la segona on fixar el perímetre per determinar fins on s'estén origina controvèrsies.

La interpretació del que s'ha d'entendre per violència psíquica ha suscitat nombroses discussions doctrinals, car no és senzill apuntar criteris apriorístics i, per tant, s'haurà d'estar als casos concrets per percebre si concorre o no. Dit en altres paraules, malgrat no ser fàcil la seva conceptualització la Sentència del Jutjat de lo Penal núm. 1 de Sevilla, de 9 de setembre de 2001 estableix una aproximació al concepte jurídic de violència psíquica incloent: “*los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la*

⁸⁷ Requisit que es descriu a l'art. 173.3 CP. Vid. contingut que es desenvoluparà posteriorment.

⁸⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, (2002), “Informe mundial sobre la violencia y la salud: sinopsis”, Ginebra, p. 3. Es defineix la violència com “*el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, “daños psicológicos”, trastornos del desarrollo o privaciones*”.

⁸⁹ En aquest sentit es pronuncia LEÓN CHAPARRO (*ob.cit.*, p. 7), quan assegura que la violència física no planteja especials problemes pràctics donat que compren, per una banda, el maltracta d'obra, les lesions i, en general, qualsevol acte que impliqui l'ús de la força física contra el subjecte passiu víctima d'aquella violència.

misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado”⁹⁰.

La introducció de la violència psíquica permet afirmar la qüestió de que aquest tipus penal pugui ser comés, també, per omissió⁹¹. Així doncs, són les SSTS de 26 de juny i 22 de gener de 2002, en aplicació genèrica de l’art. 11 CP que expressen supòsits on la mare –per exemple– no evita el maltracte habitual del fill menor. En aquest sentit, com es tracta d’un delictes de resultat i atesa la posició de garant que contenen els progenitors s’exigeix que *“en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiares incumbe a los padres”*⁹². Així doncs, *“la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el "deber de garantía" o "posición de garante" que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art.11 CP) ”* [...] *“este Tribunal ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares: Sentencias de 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991, 998/1995, de 6 de octubre, 481/1997, de 15 de abril, y 1161/2000 de 26 de junio, entre otras”*⁹³.

2.2. Que la violència recaigui sobre una persona que tingui envers el subjecte actiu alguna de les qualitats que descriu el propi precepte.

En segon lloc, la violència acabada d’explicar ha de recaure, necessàriament, sobre una persona que tingui envers el subjecte actiu alguna de les qualitats que menciona el propi precepte. Per tant, per tal d’entendre l’abast d’aquest precepte i amb l’objecte de donar claredat al mateix es procedirà a identificar el conjunt d’enunciats possibles que ofereix l’article amb vista de poder copsar tot l’entramat de relacions que es poden donar per part dels subjectes actius i passius. En aquest sentit, s’exemplificarà l’explicació correlativament mitjançant breus esquemes i les corresponents explicacions.

⁹⁰ LEÓN CHAPARRO, *ob.cit.*, p. 7.

⁹¹ Fem referència a determinades conductes omissives que poden encaixar en aquesta modalitat delictiva com ara: la falta d’assistència o cura o ignorar despectivament l’existència de l’altre.

⁹² STS núm. 1161/2000, de 26 de juny, de 2000, FJ. 2.

⁹³ STS núm. 20/2001, de 22 de gener, FJ. 3.

S'obtenen deu enunciats normatius bàsics que es refereixen a les distintes classes de víctimes. Així, en el següent esquema núm. 2, veiem que el terme cònjuge emprat en

ESQUEMA núm. 2.		
El cònjuge de l'autor	(1)	
La	persona actualment unida a l'autor per anàloga relació d'afectivitat AMB convivència	(2)
	persona actualment unida a l'autor per anàloga relació d'afectivitat SENSE convivència	(3)
El/La	descendent...	(4)
	ascendent...	(5)
	germà/-ana ...	(6)
	menor...	(7)
	incapaç...	(8)
La persona	emparada en qualsevol altre relació, integrada en el nucli de la seva convivència	(9)
	especialment vulnerable ...	(10)

(l'1) constitueix, en efecte, un element del tipus la significació del qual s'obté mitjançant lo estipulat en les disposicions civils. Així doncs, per cònjuge s'entenen –en conformitat amb l'article 49 i 59 CC– aquelles dues persones⁹⁴ lligades o unides per un vincle matrimonial, amb independència del tipus de celebració, val a dir, civil o religiosa. Per tant, tant ambdós col·lectius –masculí i femení– queden immersos en la dimensió del concepte no establint diferenciacions entre ells com si que succeeix, per exemple, en el tipus penal de violència de gènere explicat amb anterioritat. Ara bé, el mateix enunciat normatiu també permet la comissió d'aquest tipus quan, al moment de realitzar la conducta, dit vincle hagués cessat, car el mateix disposa explícitament que la víctima “hagi sigut” cònjuge de l'autor en termes passats com s'indica a l'esquema núm. 3.

⁹⁴ Home-dona; dona-dona i home-dona.

ESQUEMA núm. 3.

El/La	}	Cònjuge de l'autor/-ra	(1)
		Ex cònjuge de l'autor/-ra	(1.a)

Un altre grup de possibles víctimes, que contempla el precepte, és aquella que contingui “*una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”. Es tracta, d’una expressió que per si mateixa no ofereix molta informació sobre el que s’entén i es compren per la mateixa.

No obstant això, l’analogia és –segons la Real Acadèmia Espanyola– una relació de semblança entre coses distintes⁹⁵. Certament, i en consonància amb aquesta definició es pot afirmar que existeixen determinades relacions que, per les notes i característiques essencials que les particularitzen, són de naturalesa diferent però contenen una essència comú que permet –com és el cas d’aquest precepte– equiparar a dues persones lligades per una situació de fet a la institució del matrimoni, malgrat no contenir la primera la formalitat legal exigida pel Codi Civil i, per tant, propugna a enjudiciar-les en termes igualitaris. Tot això és així, perquè el que es valora –en termes d’una Sentència del Tribunal Suprem⁹⁶– és la continuïtat i l’estabilitat en la parella amb independència de que convisquin en el mateix habitatge. De mode que, es possibiliten dues opcions: ser parella de fet o matrimoni i conviure junts o, la víctima no ser cònjuge ni convivent però mantenir una relació sentimental estable i contínua, denominada “parella” senyalada com (3).

El requeriment, per part de la legislació penal, de que els subjectes visquessin junts s’exigia com a conseqüència de lo estipulat en l’article 68 CC que proclama que els “*los cónyuges están obligados a vivir juntos*”. Per tant, correlativament s’ha d’exigir el mateix sobre la relació que es considerada com el seu equivalent, val a dir, la parella de fet⁹⁷. No obstant això, amb l’addició de la clàusula “*aun sin convivencia*” s’estén la cobertura de la mateixa en supòsits que originàriament eren exclosos, ens referim, als

⁹⁵ Real Acadèmia Espanyola [accés el 10 d’abril de 2018 en: <http://dle.rae.es/?id=2Vt6TRt>].

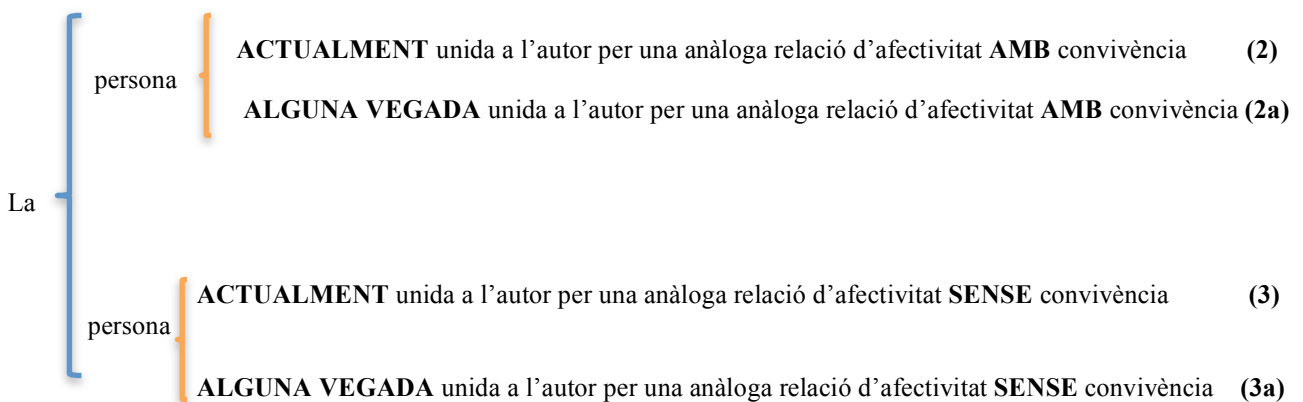
⁹⁶ STS núm. 9353/2011, de 14 de desembre de 2011.

⁹⁷ STS 2142/2004, de 29 de març de 2004.

supòsits de parella de fet; és a dir, aquells que mantenen una relació sentimental continuada i estable llevat de no compartir el mateix sostre⁹⁸.

Ara bé, tan en la hipòtesi de la persona unida al autor per una anàloga relació d'afectivitat amb convivència (2), com la de la parella (3), se li han d'addicionar les corresponents hipòtesis que poden sorgir en el cas de que dita relació cessés car l'articulat 173.2 CP es refereix a que la víctima “*esté o haya estado ligada*” a l'autor. Suposició que identifiquem com (2a) i (3a) i que s'il·lustra amb l'esquema núm. 4.

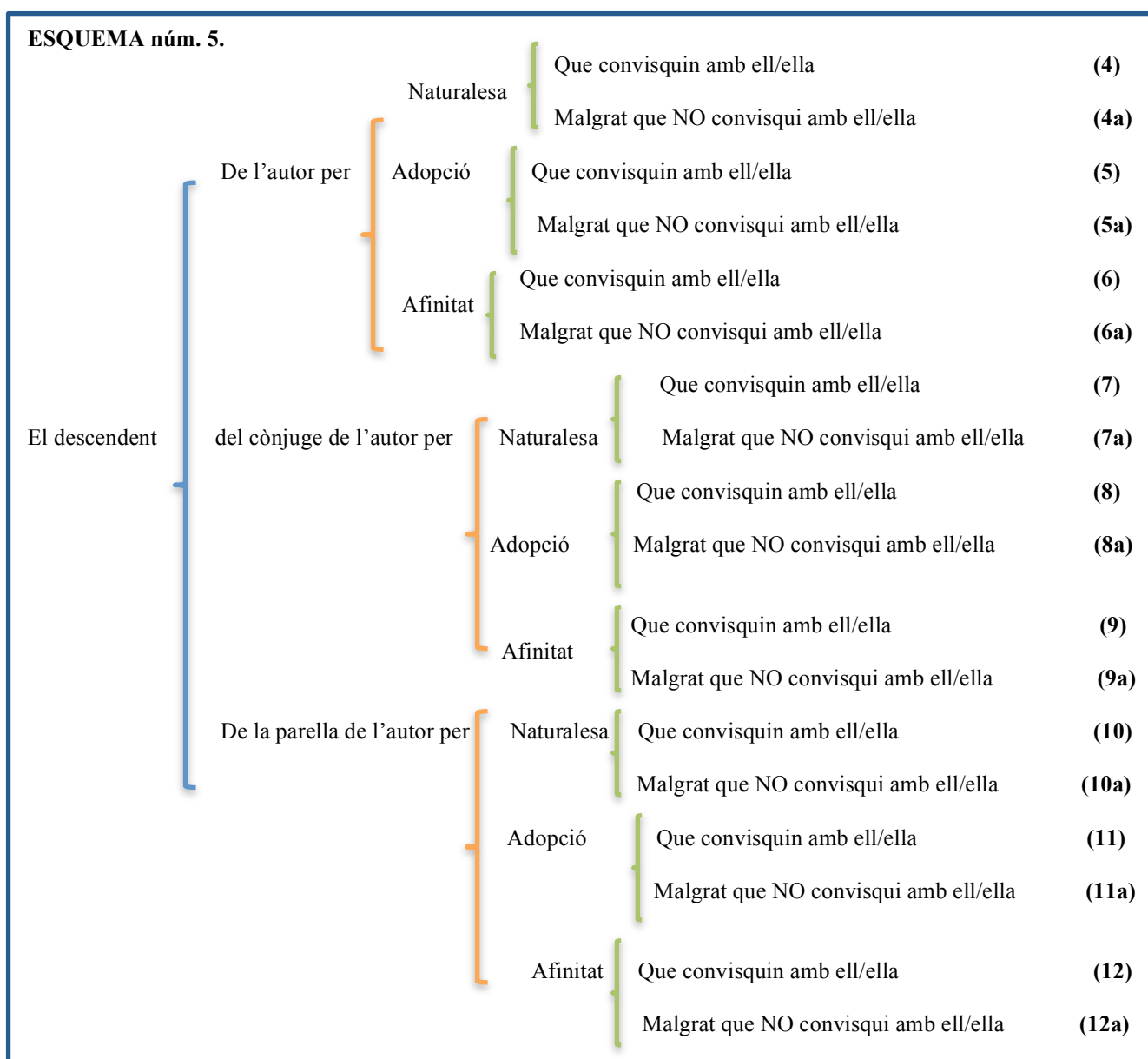
ESQUEMA núm. 4.



Un altre cercle de possibles víctimes que contempla l'article 173.2 CP el menciona com a “*descendientes, ascendientes o hermanos*” la significació dels quals també l'atorguen de nou les disposicions civils on s'inclouen correlativament en ell als: néts, fills, nebots; avis, pares, tiets; i germans –ja sigui per consanguinitat o adopció –. En termes d'afinitat, els descendents es consideren a la nora o gendre que poden ser-ho tan els de l'autor com els del seu/-va cònjuge o de la seva parella; els ascendents fa referència als sogres i, per últim, el paral·lel dels germans que són els cunyats.

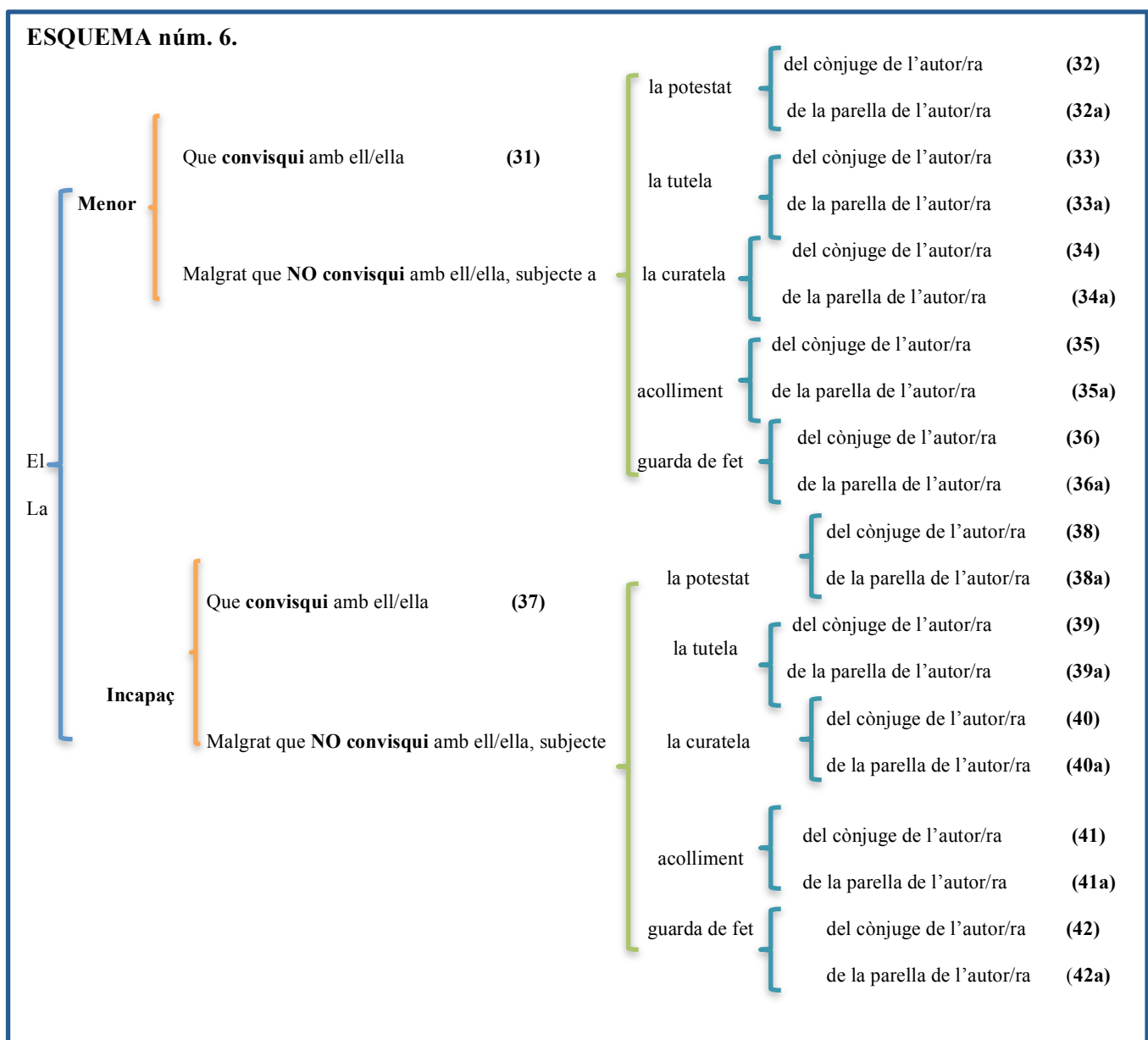
⁹⁸ Les relacions de nuviatge en les que cada subjecte viu en un domicili distint, sí queden incloses, TAMARIT SUMALLA, J. M^a. (2011), “De las lesiones: (arts. 147 a 156 ter)”, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, pp. 1021 i ss.

El requisit de la convivència amb l'autor s'inclou després de mencionar als menor i incapaços per lo que es podria interpretar només predicables envers ells. Tot i que, a pesar de la deficient redacció igualment es permet estendre la mateixa a tots els substantius que el precedeixen, com indica l'esquema núm. 5⁹⁹. És en aquest punt, on cal tenir en compte i posar èmfasi en que degut a l'existència d'un dinamisme constant en la societat han erigit nous models de família, que difereixen del concepte tradicional les quals es componen la mateixa per pares o fills de relacions anteriors, tenint a vegades fills en comú. Per tant, per incórrer en el contingut de l'injust és lògic –al meu parer– que s'exigeixi l'habitualitat i reiteració del maltracta.



⁹⁹ Al substituir el terme “descendents” per ascendents i germans amb les alternatives de “*propios, o del cónyuge o convivente*” el número de supòsits s'eleva a 54.

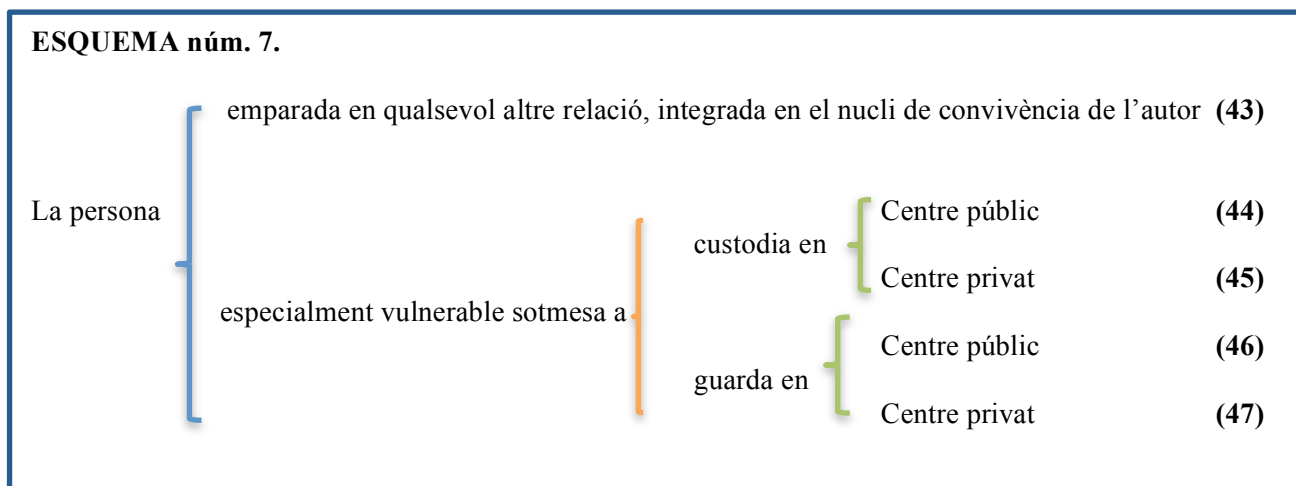
En consonància amb lo anterior, el Codi Penal Espanyol pel que atén als menors i incapaços no exigeix cap vincle de parentesc envers l'autor. Per tant, es contempla la possibilitat que aquests convisquin amb ell/ella o bé, que es trobin units al seu cònjuge o parella per alguna de les institucions jurídiques o situacions de fet reconegudes per l'ordenament jurídic¹⁰⁰. No obstant això, cal tenir en compte que gramaticalment el legislador introdueix la conjunció “o” excloent la concurrència simultània d'ambdós situacions. De mode que, només pot concórrer una de les dues possibilitats: o conviuen amb l'autor o estan subjectes al seu cònjuge o parella, però habitant en un lloc distint, així ho mostra l'esquema núm. 6.



¹⁰⁰ Potestat, tutela, curatela, acolliment o guarda de fet.

També es preveu com a possible víctima qualsevol persona emparada en un altre relació i integrada al nucli de convivència de l'autor. En aquest sentit, no hi ha una posició hegemònica del que s'ha d'entendre per nucli de convivència però una interpretació vàlida seria considerar: el cercle de persones amb les que l'autor comparteix el seu domicili. No obstant això, aquest fet inclouria supòsits en els que la situació es transitòria o bé, permanent, degut a una relació contractual, qualsevol de les quals transcendeix de l'àmbit de lo familiar¹⁰¹.

Per últim, s'incorpora a les persones especialment vulnerables¹⁰² sotmeses a custòdia o guarda en centres públics o privats. En aquesta hipòtesi, d'igual forma que en la relativa a menors o incapaçs, no s'exigeix una relació de dependència de la víctima front l'autor. Els supòsits de persona integrada i de persona especialment vulnerable, desborden l'àmbit familiar¹⁰³ i això pot apreciar-se en l'esquematzació de la figura núm. 7.



¹⁰¹ Per exemple, amics que viuen un temps a casa de l'autor, o personal del servei domèstic intern, com proposa GARCÍA ÁLVAREZ, *ob.cit.*, p. 38.

¹⁰² El concepte de "*persona especialmente vulnerable*" originàriament fou introduït en l'ordenament penal espanyol en el marc dels delictes sexuals com a circumstància agreujant, com proposa SIERRA LÓPEZ, M. del V. (2009), "La expresión Persona Especialmente Vulnerable en el Ámbito de Violencia de Género, Doméstica y Asimilada (Artículos 148.5,153.1 y 173.2 Código Penal)", en *Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables*, pp. 44 i ss. Aquesta es relacionava amb l'estat de desvaliment de la víctima, la qual es definia com persona que per la seva curta o avançada edat, malaltia o discapacitat, tenen menors possibilitats de defensar-se de l'agressió. La vulnerabilitat podria ser momentània o permanent, física o psicològica, buscada o aprofitada i referida a tres àmbits: edat, malaltia o situació (STS 849/2003 d'11 de febrer). En l'àmbit de la violència domèstica, es defineix a la persona especialment vulnerable com qualsevol individu que per la seva edat, estat físic o psíquic o bé per les seves condicions personals en relació amb el grup convivent la situen en una posició d'inferioritat i/o debilitat envers l'autor, segons l'OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA y DE GÉNERO, (2005), "Guía Práctica de la Ley 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *Consejo General del Poder Judicial*, p. 26.

¹⁰³ TAMARIT SUMALLA, *ob.cit.*, pp. 1021 i ss.

En definitiva, el delictes de violència domèstica amb el component d'habitualitat és un delictes especial impropis¹⁰⁴, car només pot ser comés entre aquells subjectes que reuneixin les característiques exigides pel tipus, val a dir, entre aquells que ostenten entre si una relació de parentesc o anàlogues amb o sense convivència, depenent dels casos.

Finalment, reprenent la crítica ja plantejada amb anterioritat en el delictes de violència de gènere (art. 153.1 CP), al excloure a l'home com a possible víctima, al meu parer, privar a les parelles homosexuals i transsexuals com a mereixedores també de la protecció que ara ofereix l'art. 173.2 abans de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, és il·lògic, donat que en elles es podien produir, i de fet es produeixen, també, enfrontaments i agressions com en qualsevol altra parella. Per tant, considero evident la necessitat de protegir a qualsevol persona, independentment del seu sexe, de ser agredit per la seva parella o ex-parella.

2.3. L'exercici habitual de la violència.

Pel que es refereix al tercer element, l'habitualitat, convé destacar que és l'art. 173.3 CP el que la defineix en els següents termes: “*se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*”

GARCÍA ÁLVAREZ i DEL CARPIO DELGADO han senyalat que “*el hecho de que las violencias se realicen de forma habitual, junto con el que tengan lugar en un ámbito familiar o cuasi familiar de dependencia del sujeto pasivo respecto del sujeto activo, constituye la especialidad de este delito y lo que justifica su razón de ser*”¹⁰⁵. Certament, a nivell personal, coincideixo amb aquesta apreciació donat que l'habitualitat constitueix la nota essencial del delictes de violència al que fa referència l'art. 173.2 CP. Ara bé, des del punt de vista normatiu, l'habitualitat exigeix de la concurrència de dos factors: el primer, numèric, referent al nombre d'actes de violència

¹⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, *ob.cit.*, pp. 911 i ss.

¹⁰⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, P. i DEL CARPIO DELGADO, J. (2000), *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar (LO 1/1999, de 9 de Junio) Problemas fundamentales*, Tirant Lo Blanch, p. 65.

que s'han d'acreditar i, segon, la temporalitat, això és, que els actes s'exercitin un respecte de l'altre en termes de proximitat¹⁰⁶. No obstant això, la jurisprudència, entén que és la permanència d'aquesta violència –física o psíquica– la que justifica una gravetat major que la que resultaria de la mera agregació de les desvaloracions pròpies de cada acció individual¹⁰⁷. En conseqüència, si la caracterització de l'habitualitat –com veníem apuntant– és la suma d'actes violents i la freqüència en que ocorren aquests convindrem que va més enllà d'una mera suma aritmètica, doncs es requereix que dits episodis violents generin un estat permanent de sotmetiment per les víctimes que el suporten¹⁰⁸. Seguidament, aquesta afirmació permet inferir que les característiques elementals que s'han de prendre en consideració per sostenir l'existència de l'habitualitat en el maltracta són: l'existència de pluralitat d'actes¹⁰⁹ i un clima permanent en l'àmbit familiar on hi hagi un sotmetiment del subjecte actiu al passiu.

MUÑOZ CONDE senyala que per apreciar l'habitualitat *“no se requiere un mínimo de actos de violencia, es oportuno mantener un concepto criminológico-social, ya que aunque el artículo 173.3 establece que se atenderá al número de actos que resulten acreditados, no indica el mínimo necesario”*¹¹⁰; i, continua el Tribunal Suprem espanyol, que lo rellevant és *“más que la pluralidad en sí misma, la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”*¹¹¹.

¹⁰⁶ En el que es refereix a la proximitat temporal de les agressions s'ha d'indicar que, a més, d'atendre al criteri cronològic, els actes han de respondre a una certa “unitat de context, com predica GARCÍA ALBERO, R. i TAMARIT SUMALLA, J. M^a. (2004), *La Reforma de la Ejecución Penal*, Tirant Lo Blanch, p.180.

¹⁰⁷ STS de 7 de juliol de 2000.

¹⁰⁸ Exemple d'aquesta afirmació és la Sentència de l'Audiència Provincial de Santacruz de Tenerife, Secció 2^a, de 23 d'abril de 1999, que va estipular que *“no basta con la mera repetición de actos, ni resulta determinante ni decisivo el número de actos realizado –tres o más–, sino que tal objetivo cualitativo debe ser completado con otras exigencias adicionales. Se requiere en consecuencia, una investigación minuciosa que permita deducir, aparte de ese elemento objetivo de la realización de una serie de actos de violencia física por parte del sujeto activo, esa inclinación o tendencia a repetición de actos, en que radica el peligro que está en la ratio legis del subtipo, que representa un factor de riesgo para los bienes jurídicos tutelados y cuya valoración corresponde, como un dato fáctico más a la categoría de lo injusto”*.

¹⁰⁹ Actes que hauran de ser pròxims entre si, això és, ha d'haver unitat d'actes violents que conforme a les SSTS d'11 de març de 2003 i 18 d'abril de 2003, estableixen ineludiblement més de dos.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, *ob.cit.*, p. 122.

¹¹¹ STS de 7 de julio de 2000.

Finalment, cal precisar que l'habitualitat també pot donar-se amb actes de violència exercits sobre distints subjectes passius donat que si l'actor és per naturalesa, per exemple, agressiu/-va podrà repetir el patró en altres casos. Ara bé, es precis que els mateixos es trobin integrats en el mateix marc de convivència, perquè accions aïlladament considerades no conformen aquest tipus delictiu.

L'habitualitat és, sens dubte, un element polèmic integrat en el delicte de violència domèstica habitual (art. 173.2 CP). Segons, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS “se le ha reprochado, principalmente, que supone un atentado al principio de seguridad jurídica (art. 9.2 CE), que presenta dificultades para concretar su contenido, que puede implicar un Derecho Penal de autor y que podría vulnerar el principio *ne bis in idem*”¹¹². En efecte, el problema versa en aclarir si es podran tenir en compte fets que ja hagin sigut jutjats, i considerats com a cosa jutjada. La Circular 1/1998, de 24 d'octubre, sobre la intervenció del Ministeri Fiscal en la persecució dels maltractes en l'àmbit domèstic i familiar recull que, en aquest cas, el fet no ha d'interpretar-se amb una doble incriminació car “*resultaría absurdo admitir la condena por ambas conductas si se produce en una misma sentencia y no admitirla, sin embargo, cuando se sigan diferentes procedimientos que desemboquen en tantas sentencias*”. En aquest sentit, amb la regulació dels maltractes habituals s'intenta atorgar una protecció a un bé jurídic distint –ja esmentat– i diferent del derivat dels actes violents en que es concreta l'article. Això, ens permet concloure que d'aquesta manera es salvaguarda la suposada vulneració del principi *non bis in idem*¹¹³, al castigar-se una conducta distinta, la qual seria la reiteració d'actes violents en l'àmbit familiar. Per tant, conté una substantivitat pròpia que s'adquireix tant per l'autonomia del bé jurídic protegit com per l'habitualitat amb la que aquest va ser vulnerat. De manera que, convindrem que, els actes violents previs serviran per la constatació d'aquesta actitud violenta sense que s'hagi d'exigir

¹¹² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2003), “El delito de maltrato en el ámbito familiar; un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco”, en *Revista Penal*, núm. 11, p. 75. [accés el 4 de maig de 2018 en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12589/Delito%20de%20maltrato.pdf?sequence=2>].

¹¹³ La STC núm. 2/1981, FJ. 4 disposa que “*el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*”.

l'enjudiciament anterior¹¹⁴.

En suma, són la reiteració de conductes violents físiques o psíquiques, per part d'un membre de la família, les que creen un ambient sistemàtic de maltracte que constitueixen, en efecte, la figura delictiva de l'art. 173.2 CP, malgrat que aïlladament aquestes fossin considerades delictes lleus¹¹⁵.

3. Element subjectiu.

MUÑOZ SÁNCHEZ afirma que el dol ha d'englobar el coneixement dels elements objectius del tipus, això és, la reiteració de la violència i la relació típica que proporciona al subjecte actiu una relació de domini i de poder. Però, no obstant, sense ser necessari el coneixement dels eventuais resultats lesius que poguessin ocasionar els actes violents per separat¹¹⁶.

4. Bé jurídic protegit penalment.

El tipus penal de violència domèstica amb el component d'habitualitat es troba comprès al Títol VII sota la rúbrica "*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*" a diferència del delictes de violència de gènere que –com ja s'ha esmentat en l'apartat corresponent– es troba contingut en el Títol III "*De las lesiones*".

La ubicació sistemàtica on es troba cada precepte, dins de tot l'articulat del Codi Penal Espanyol, té significació i no està fet sense ànim, ans al contrari¹¹⁷. Així doncs, el fet

¹¹⁴ CRISTÓBAL LUENGO, H. (2014), "El concepto de habitualidad en la violencia doméstica: análisis del artículo 173.2 del Código Penal Español", en *Revista Derecho y Cambio Social*, núm. 35, pp. 12 i ss.

¹¹⁵ És necessari relacionar-ho amb l'art. 33 CP.

¹¹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2004), "El Delito de Violencia Doméstica Habitual (Artículo 173.2 del Código Penal)", en RUEDA MARTÍN, M. A i BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *La Reforma Penal en Torno a la Violencia Doméstica y de Género*, Atelier, p. 70. [accés el 4 de maig de 2018 en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0_fDF_YdUP4J:https://dialnet.unirioja.es/describa/articulo/5472564.pdf+&cd=1&hl=ca&ct=clnk&gl=es&client=safari].

¹¹⁷ La STS núm. 414/2003, de 24 de març, FJ. 4, paràgraf 2n, va precisar que "*el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por la LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica "De las lesiones", porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al intentar*

que ambdós tipus delictius es trobin regulats en diferents Títols comporta, en efecte, que el bé jurídic objecte de protecció per l'ordenament penal sigui també distint. Conveniem que el bé jurídic protegit en el delictes de violència de gènere (art. 153.1 CP) era la integritat –en la seva vessant física i psíquica–, val a dir, la salut del subjecte passiu situació que difereix en el delictes de violència domèstica (art. 173.2 CP).

En aquest sentit, segons el Tribunal Suprem *“el precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo”*¹¹⁸. Aquest aspecte va quedar reforçat després de la reforma operada per la Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers que va situar els mals tractes habituals entre els delictes de tortures i contra la integritat moral, i els va castigar de mode agreujat respecte el tipus bàsic, principalment en atenció a les característiques pròpies de l'àmbit familiar en el que es produeixen. A més, el mateix tribunal senyala que *“los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”*¹¹⁹.

En conclusió, *“se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y*

el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad - art. 10 -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 -, y en el derecho a la seguridad -art. 17 -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 CE. Altres sentències que es pronuncien en els mateixos termes: 474/2010, de 17 de maig de 2010; 889/2010, de 7 d'octubre de 2010; 1154/2011, de 10 de novembre de 2011; 168/2012, de 31 de maig de 2012.

¹¹⁸ STS núm. 232/2015, de 20 d'abril, FJ. 2.

¹¹⁹ *Ídem.*

la angustia inducidos”¹²⁰. En conseqüència, d’aquí que per la pròpia autonomia que conté i per la ubicació on es troba conté com a bé jurídic protegit la dignitat del subjecte.

5. Marc penal.

La redacció de l’art. 173.2 CP finalitza estipulant que el subjecte o autor del delictes “*será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años*”. En aquest sentit, si es compara l’article objecte d’anàlisi amb les infraccions lesives que contempnen els arts. 153.1 i 153.2 CP es pot apreciar i, en efecte, concloure que la penalitat d’aquest precepte és de major gravetat¹²¹.

QUERALT JIMÉNEZ estableix que “*esta previsión legislativa, con esa gravedad punitiva, ciertamente desproporcionada, parece encarar un Derecho penal del autor*”¹²². Per tant, no es castiga tant la violència, que ja es castiga independentment, sinó al violent.

¹²⁰ STS núm. 364/2016, de 27 d’abril, FJ. 2 paràgraf 1.3.

¹²¹ Pena qualificada, segons l’art. 33.3 a) del Codi Penal Espanyol, com a menys greu.

¹²² QUERALT JIMÉNEZ, *ob.cit.*, p. 145. En aquest sentit, [VILLAVICENCIO TERRENOS (2006), *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, p. 10] aclara que existeix una diferència entre el Dret Penal del Fet (de l’acte), que entén que lo principal és la lesió a l’ordre jurídic o a l’ordre social i atorga menor importància a les característiques personals de l’autor i, per contra, el Dret Penal de l’Autor, que li dóna major importància a les característiques personals de l’autor.

PART V. EL PRINCIPI D'IGUALTAT ENTRE L'HOME i LA DONA: incidència en el delicte de violència de gènere.

1. Introducció al principi d'igualtat.

En aquesta part s'analitzaran i, conseqüentment, en el desenvolupament dels següents apartats, s'efectuaran una sèrie de precisions envers la problemàtica del concepte d'igualtat regulat a l'article 14 CE, per tal de copsar com aquest incideix en la tipificació penal i si és, o no, en conseqüència, inconstitucional.

El principi d'igualtat envers la llei i la prohibició a la no discriminació és una vella aspiració de l'ésser humà que fou recollida pel moviment constitucional del s. XVIII que va marcar el fi de l'Antic Règim¹²³ i que, en l'actualitat, és un paràmetre fonamental del pensament social, jurídic i polític. En efecte, la significació d'aquest principi ha mutat en nombroses ocasions en el transcurs dels més de dos cents anys des de que es va promulgar la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789, com a conseqüència de les innumerables lluites que han denunciat les seves violacions. Així fem referència, a mode d'exemplificació a: les lluites obreres, lluites d'alliberació dels pobles, lluites de les dones per obtenir la seva emancipació i reconeixement dels seus drets, entre d'altres...

Ara bé, llevat l'innegable transcendència envers la seva formulació aquest principi manca de claredat provocant en la *praxis* dificultats sobre el seu abast i contingut. De manera que, es tractarà d'incidir, breument, sobre alguns aspectes constitucionals del mateix per acabar culminant i identificant com es relaciona aquest principi en l'entramat de les resolucions judicials. Conferint una especial atenció a la Sentència del Tribunal Constitucional Espanyol núm. 59/2008, de 14 de maig.

¹²³ GÁLVEZ MUÑOZ, L. (2003), "Sinopsis artículo 14 CE", en *Congrés dels Diputats*, p. única. [accés el 13 d'abril de 2018 en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>].

2. La igualtat entre home i dona en les resolucions judicials del Tribunal Constitucional.

Un dels valors que la Constitució Espanyola recull en el l'art. 1.1 és el de la igualtat¹²⁴. Aquest principi s'integra en el quadre de valors que propugna el mateix text constitucional –d'acord com va assenyalar el Tribunal Constitucional–estant cridats a ordenar la convivència i a informar a l'ordenament jurídic¹²⁵.

La igualtat jurídica ha sigut, al llarg de la història, una aspiració utòpica tendent a assolir per part dels poders públics però –paral·lelament i en contrapartida–s'ha trobat frustrada donat que la mateixa topa amb l'existent desigualtat natural, pròpia i innata dels individus només pel simple fet de ser-ho¹²⁶, car *ab initio* es sabut que parteixen de situacions desiguals. Per tant, *és possible assolir la igualtat entre els desiguals?*. Al meu entendre, no és possible aconseguir-la en la seva màxima plenitud però, si més no, si que es pot tendir a ella. Obligació d'aproximació o consecució que contenen els poders públics, per mandat constitucional, mitjançant per exemple mesures de discriminació positiva¹²⁷, sempre i quan, aquestes siguin proporcionals al fi perseguit, car sinó provoquen l'efecte invers.

La configuració legal de determinats tipus penals, com ara el contingut en l'art. 153.1 CP relatiu a la violència de gènere, ha comportant que es qüestionï la seva constitucionalitat. Això és perquè aquesta figura delictiva només admet com subjecte actiu l'home i, per contra, com a víctima o subjecte passiu, la dona. D'aquesta manera, en sentit oposat, si la mateixa conducta que sanciona l'art.153.1 CP l'exercités la dona essent autora del delicte la mateixa rebria una pena menor al no subsumir-se la seva

¹²⁴ L'article 1.1. CE disposa: "*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*".

¹²⁵ STC núm. 9/1981, de 31 de març, FJ. 3.

¹²⁶ PÉREZ ROYO, [(2016), *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, p. 215)] és de l'opinió de que "la desigualdad y la igualdad no existen [...] naturalmente los individuos no son ni desiguales ni iguales. Son simplemente diferentes. La desigualdad y la igualdad no existen en la naturaleza. Son exclusivamente políticas". L'autor destaca que, en tot cas, lo "quasi natural" seria el pas de la diferència individual a la desigualtat, procés que no ocórrer amb la igualtat.

¹²⁷ L'art. 11.1 de la LO 3/2007, de 22 de març, disposa: "*Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*".

conducta a un perfil masculista. Així doncs, aquesta disparitat, comporta plantejar-se l'eventual vulneració de l'article 14 CE i d'altres preceptes de la nostra *norma nomarum*.

En aquest clima de desavinences, una multiplicitat d'òrgans judicials van presentar qüestions d'inconstitucionalitat contra delictes regulats en els articles 148.4, 153.1, 171.4 i 172.2 CP, en consonància amb la redacció que ofereix la LOMPIVG. Qüestions que el TC ha anat resolent gradualment atorgant respostes justificades i conformes a dret amb vista de facilitar als jutges la tasca interpretativa que els hi correspon i així poder aplicar correctament els preceptes. Dit en altres termes, la raonabilitat de les diferències que s'estableixen entre homes i dones hauran de ser precisades i justificades, casuísticament, pel jutge constitucional per no incórrer en vulneracions. Arribats aquest punt plantejo les següents qüestions: *es poden constatar desigualtats de gènere en els pronunciaments judicials derivats del procés lògic d'interpretació i aplicació de les normes penals? com justifica el Tribunal Constitucional la igualtat entre sexes en articles com 148.4, 153.1, 171.4, 173.2 CP?*

A continuació, es procedirà a realitzar, per una banda, l'anàlisi de la STC núm. 59/2008, de 14 de maig, on s'examinaran els motius pels quals el TC considera ajustat a dret l'art. 153.1 CP i, d'altra banda, també es farà incidència en altres qüestions d'inconstitucionalitat de la mateixa índole però que recauen sobre altres tipus penals.

2.1 Sentència del Tribunal Constitucional núm.59/2008, de 14 de maig. Comentari crític.

L'objecte d'aquest comentari crític és exposar la STC núm. 59/2008, de 14 de maig en la que el TC respon a la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 5939-2005 plantejada contra l'article 153.1 CP, com a conseqüència de la nova redacció soferta per la LOMPIVG, declarant-la conforme a la Constitució Espanyola¹²⁸.

¹²⁸ La qüestió d'inconstitucionalitat van ser plantejada pel Jutjat de lo Penal núm. 4 de Murcia en relació amb l'art. 153.1 CP, car la Magistrada suposava que hi havia una vulneració dels principis d'igualtat i culpabilitat havent un tracte penal diferent en el delictes de violència domèstica ocasional o "aïllada" (art. 153.2 CP). La STC compta amb quatre vots particulars: Sr. CONDE MARTÍN de HIJAS, Sr. DELGADO BARRIO, Sr. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ i RODRÍGUEZ ARRIBAS.

Per tal d'entendre l'abast que comprèn l'anàlisi d'aquesta sentència, en primer lloc, s'exposaran els arguments amb els que la Magistrada es fonamenta per considerar l'art. 153.1 CP contrari al text constitucional; en segon lloc, s'indicarà tan l'entendre com la justificació del TC per considerar-lo –per contra– ajustat a dret.

a) Arguments de l'òrgan judicial qüestionant.

En primer lloc, com ja s'ha comentat, la qüestió d'inconstitucionalitat el que enjudicia és la nova redacció donada per la LOMPIVG que castiga les lesions o el maltracte d'obra quan l'autor sigui un home i l'ofesa sigui o hagi sigut esposa, o dona que estigui o hagi estat lligada a ell per una anàloga relació d'afectivitat¹²⁹. Així doncs, de la multiplicitat d'arguments que dóna la Sra. Magistrada en la qüestió d'inconstitucionalitat escolliré, al meu entendre, els motius que considero més significatius per tal d'explicar i, en conseqüència, ajudar a entendre al lector la complexitat que engloba el tema en qüestió, que no es poca. Es tracten d'arguments que fan reflexionar, en essència, fins a quin punt el concepte de violència de gènere pot veure's reflectit en la valoració penal del comportament individual de l'home que maltracta a la dona pel fet de pertànyer a sexes oposats.

Com es sabut l'art. 153.1 CP tipifica les agressions lleus en l'àmbit de la parella sigui aquesta pretèrita o bé present. Ara bé, l'única interpretació que confereix la redacció *ad litteram* d'aquest precepte és la que mostra la Magistrada en la qüestió d'inconstitucionalitat: maltracte comés pel subjecte actiu masculí sobre el subjecte passiu femení. Interpretació que comporta, simultàniament, l'obertura d'un debat que admet qüestionar-se el perquè de la diferenciació punitiva que rep aquesta figura delictiva quan la seva comissió varia en funció de la posició que contingui el subjecte: actiu o passiu¹³⁰.

¹²⁹ La qüestió d'inconstitucionalitat es planteja, per tant, tenint en compte la doctrina consolidada del TC sobre el principi de igualtat, com és la STC núm. 167/2016, de 6 d'octubre, FJ. 5 el qual disposa que “*no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable*”. En la mateixa línia també es pronuncia la STS núm. 3141/2015, de 2 de juliol, FJ. 2.

¹³⁰ Fet que infringeix –segons l'òrgan qüestionant– l'art. 10 CE (dignitat humana), l'art. 14 CE (el dret a la igualtat front la llei) i l'art. 24.2 CE (presumpció d'innocència).

Quan la conducta típica la comet l'home essent víctima la dona la pena mínima de presó que preveu l'art. 153.1 CP és de “seis meses a un año”¹³¹. Ara bé, antagònicament, quan la idèntica conducta conté com a subjecte actiu la dona i com a passiu l'home¹³² aquesta es subsumeix –si és ocasional o “aïllada”, no habitual– en les directrius de l'art. 153.2 CP preveient un marc penal que fluctua mínim dels “tres meses a un año”¹³³. Certament, “lo que se debate aquí es el incremento de tres meses de prisión (en el mínimo de la pena) que afecta al varón que agrede a la mujer”¹³⁴. Això permet entreveure que es considera més greu el primer supòsit que no el segon o bé respecte d'altres agressions en l'àmbit domèstic. Simplificant molt, sorgeix l'eslògan de que “si un hombre pega a la mujer se le castiga con una pena mayor; si una mujer pega al hombre se le castiga con una pena menor”¹³⁵. A tot això, cal addicionar a la diferenciació punitiva, paral·lelament, una distinció de tracte envers la pena potestativa d'inhabilitació de la pàtria potestat i els efectes sobre el règim d'alternatives a l'execució de la presó¹³⁶.

¹³¹ El marc penal del delictes de violència de gènere es troba regulat a l'art. 153.1 CP i aquest disposa que l'home que agredeixi física o psicològicament a una dona: “será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

¹³² També es reconduïxen a aquest tipus, sempre que hi hagin les relacions indicades, la violència emprada, per exemple, per un home sobre un altre home.

¹³³ El marc penal del delictes de violència domèstica ocasional o “aïllada” (art. 153.2 CP) és, per contra, inferior. Per tant, l'autor “será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

¹³⁴ GARCÍA ARÁN, M. (2009), “Injusto individual social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C. (Dir.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, p. 650.

¹³⁵ LARRAURI PIJOAN, E. (2009), “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Revista Indret*, núm. 1, p. 5. [accés el 27 de maig de 2018 en: <http://www.indret.com/pdf/597.pdf>].

¹³⁶ Per una banda, l'art. 153.1 CP disposa que “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” i, d'altra banda l'art.153.2 CP estableix que “, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”. Per tant, també s'aprecia l'existència d'una diferenciació que en efecte afavoreix més a la dona que a l'home ja que la inhabilitació en el primer supòsit pot estendre's fins als 5 anys i en el segon supòsit, tan sols, de 6 mesos a 3 anys.

Segons la Magistrada, la diferència punitiva existent entre el primer i el segon apartat de l'art. 153 CP, no pot basar-se en el concepte d'acció positiva –ja esmentat *ut supra*– donat que tractar de forma desigual a ambdós col·lectius, perjudicant severament a un, no segueix el fi perseguit: tendir a la igualtat. Tanmateix, tampoc seria admissible basar la desigualtat de tracte amb motius històrics i culturals soferts en segles passats en major grau i incidència. Cert és, i no es pot negar, com diu FIGUEROA MUÑOZ que la dominació masculina ha existit i operat com a paradigma cultural essent vigent durant molts segles¹³⁷, però no és un argument vàlid, sòlid i universal–al meu entendre i crec que al de la Magistrada també– per fonamentar aquesta diferenciació donat que seria admetre, segons GARCÍA ARÁN, una “responsabilidad colectiva” [...] “incompatible con el carácter individual de la responsabilidad penal”¹³⁸. Com tampoc ho és, presumir que la dona –en una relació de parella o matrimoni– és més vulnerable, entesa com una particular susceptibilitat de ser agredit o patir un dany¹³⁹, que l'home car seria adoptar –com diu la Magistrada– una posició paternalista contrària a la dignitat de la dona (art. 10 CE)¹⁴⁰ i, en resumides comptes, seria retrotraure's a situacions passades no futures.

b) Arguments del Tribunal Constitucional.

El 8 d'agost de 2005 el TC va registrar un escrit remès pel Jutjat de lo Penal núm. 4 de Murcia, datat el 29 de juliol de 2005 en virtut del qual es plantejava una qüestió d'inconstitucionalitat en relació amb l'art. 153.1 CP que, finalment, fou desestimada. En aquest apartat, per una banda, es presentaran els diferents arguments presos en consideració per part de l'Alt Tribunal per fallar desestimant la qüestió i, d'altra banda,

¹³⁷ FIGUEROA MUÑOZ, M., (2006), “Filosofía y Dominación. Aportes Críticos de Enrique Dussel y Richard Rorty”, en *Revista Pensamiento*, vol. 62, núm. 233, pp. 345 i ss. [accés el 29 d'abril de 2018 en: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/pensamiento/article/viewFile/4627/4441>].

¹³⁸ GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, p. 652.

¹³⁹ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 11.

¹⁴⁰ GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, p. 652. En la mateixa línia que l'òrgan judicial qüestionant manifesta s'expressa el Magistrat Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez car en el seu vot particular (punt 5) estableix que la Sentència “quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda “persona especialmente vulnerable”. Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo débil” que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4)”.

en un altre subapartat s'indicaran quines han sigut les conseqüències darreres i, per tant, quina és la interpretació *ex post* de l'art. 153.1 CP un cop publicada la sentència al Butlletí Oficial de l'Estat¹⁴¹.

En primer lloc, el TC entén que si la interpretació que efectua la Magistrada envers l'art. 153.1 CP fos la única possible i, en efecte, no poguessin haver altres –com les manifestades per altres en altres pronunciaments de Jutges i Tribunals–el precepte sí que seria inconstitucional desplegant aquest efectes *erga omnes*. Per tant, com manifesta GARCÍA ARÁN “para salvar lo que sería una contradicción, es necesaria una lectura integrada de toda la sentencia que complementa esta desafortunada y confusa redacción inicial”¹⁴². En aquesta línia, el TC entén que l'anàlisi del precepte exigeix dues precisions prèvies en torn el contingut del mateix. Precisions que “*son relevantes en la medida en que afectan al área de las conductas que la Magistrada cuestionante considera como injustificadamente diferenciadas a efectos punitivo*”¹⁴³. De manera que, l'autoria necessàriament masculina del delictes és una de les interpretacions possibles, però caldria entendre també, segons el TC, que les dones poden ser subjectes actius del delictes¹⁴⁴ i que la inclusió com a subjecte passiu alternatiu de “persona especialment vulnerable que convisqui amb l'autor” introdueix una major amplitud en el subjecte passiu, no reduint-ho tan sols al col·lectiu femení.

En segon lloc, el TC manifesta que la tasca de seleccionar una determinada conducta, elevar-la a la categoria de delictes i imposar-li una determinada pena, “*constituye una competencia exclusiva del legislador para la que goza de un amplio margen de libertad dentro de los límites establecidos en la Constitución*”¹⁴⁵. Així doncs, sobre la raonabilitat del tracte desigual –d'acord amb el principi d'igualtat– la diferenciació normativa radica en el legislador i “*en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y reprochables socialmente a partir del contexto*

¹⁴¹ La publicació es troba al BOE núm. 135, de 4 de juny de 2008.

¹⁴² GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, p. 653.

¹⁴³ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 4.

¹⁴⁴ Donat que l'expressió “el que”, utilitzada en l'art. 153.1 CP, i en nombrosos articles del Codi Penal, té un significat neutre que no designa exclusivament a persones de sexe masculí (STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 4, paràgraf a).

¹⁴⁵ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 6. També ho recull la doctrina continguda en les SSTS núm. 55/1996, de 28 de març, FJ. 6; 161/1997, de 2 d'octubre, FJ. 9 i la 136/1999, de 20 de juliol, FJ. 23; les quals entenen que és el legislador qui configura els béns penalment protegits, els comportaments penalment repressibles el tipus i la quantia de les sancions penals, i la proporció entre les conductes que pretén evitar i les penes amb les que intenta aconseguir-ho.

relacional en que se producen”¹⁴⁶. Per tant, el que permet poder apreciar un major desvalor objectiu en aquesta tipologia de comportaments són diversos factors que contenen entre ells un denominador comú que els relaciona i que el legislador pren en consideració en la redacció de les normes penals. Parlem de factors com el context social¹⁴⁷; el major dany que es pot produir en la víctima quan l’actor actua conforme la pauta cultural de la desigualtat i subordinació en l’àmbit de la parella¹⁴⁸ i, finalment, en les nombroses i irrefutables dades estadístiques obtingudes empíricament –tan per òrgans administratius com judicials, diguem-ne, l’Institut Nacional d’Estadística (INE) o el CGPJ– les quals evidencien, en proporció, la major presència d’agressions masculines que femenines¹⁴⁹. A banda d’això, la utilització del terme “gènere” que titula la LOMPIVG i que empra en el seu articulat no és una discriminació per raó de sexe –al entendre del TC¹⁵⁰– donat que no és el sexe en sí dels subjectes el que el legislador pren en consideració, sinó el caràcter lesiu dels fets i l’àmbit relacional en que dits fets es produeixen.

En tercer i últim lloc, posant de manifest lo acabat d’exposar amb l’argument de la suposada responsabilitat col·lectiva que presentava la Magistrada en la qüestió d’inconstitucionalitat, el TC recorda que el principi de culpabilitat –entès com un principi estructural bàsic del Dret Penal¹⁵¹– conté un caràcter personal i individual. Això comporta que la responsabilitat penal és, en efecte, personal pels fets i subjectiva. Dit en altres termes, només es pot imposar una pena a l’autor del delictes per la comissió del mateix en l’ús de la seva autonomia personal¹⁵². Així doncs, aquesta és la resposta que atorga el TC, front l’argument de que l’autor del delictes estaria responnent, en la redacció de l’art. 153.1 CP, per la seva pertinença a un col·lectiu històricament discriminador.

¹⁴⁶ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 7.

¹⁴⁷ En aquest sentit es pronuncia el Magistrat Sr. Ramón Rodríguez Arribas on en el tercer apartat entén que “que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el art. 1.1 de la misma, al que la Sentencia se remite”.

¹⁴⁸ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 9.

¹⁴⁹ STC núm. 59/2008, de 14 de maig. El FJ. 9 disposa que “*el mayor desvalor de la conducta encuentra una razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, dadas las altísimas cifras de criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja*”.

¹⁵⁰ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 9.

¹⁵¹ STC núm. 150/1991, de 4 de juliol, FJ. 4, paràgraf a.; també les SSTC 44/1987, de 9 d’abril, FJ. 2; 150/1989, de 25 de setembre, FJ. 3; 246/1991, de 19 de desembre, FJ. 2.

¹⁵² STC núm. 92/1997, de 8 de maig, FJ. 3; també la STC núm. 146/1994, de 12 de maig, FJ. 4, paràgraf b.

No obstant, segons GARCÍA ARÁN, i al meu entendre, conceptualitzar la violència de gènere “como un fenómeno socio-estructural es el concepto que permite mantener la constitucionalidad del precepto”¹⁵³.

En suma, segons l'Alt Tribunal, l'art. 153.1 CP no infringeix ni el principi d'igualtat ni el de culpabilitat. Envers el primer considera, per una banda, que el fi de la norma és legítim: “*incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que el legislador ofrece razones para considerar que están insuficientemente protegidas, y luchar contra la desigualdad*”¹⁵⁴. D'altra banda, no existeix un *numerus clausus* dels subjectes que poden intervenir en la consumació del delictes deixant, en conseqüència, una interpretació oberta tant en l'expressió “el que” com la de “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Respecte el segon, el TC, entén que la norma no vulnera el principi constitucional de culpabilitat donat que persegueix la seva legítima finalitat d'una manera adequada, sense presumir un major desvalor en la conducta dels homes per ser-ho, ni una particular vulnerabilitat de les dones, i no sanciona al subjecte actiu per les agressions comeses per altres cònjuges homes, sinó per l'especial desvalor de la seva pròpia i personal conducta.

2.2 Altres resolucions posteriors.

El Tribunal Constitucional va dictar, posteriorment, nombroses sentències donant resposta a qüestions d'inconstitucionalitat promogudes per Jutges i Tribunals no només respecte l'art. 153.1 CP¹⁵⁵ sinó front d'altres articles com ara: l'art. 171.4, 172.2, 148.4 CP. Seguidament s'exposarà, breument, una sinopsi analítica respecte cada una d'elles per copsar els motius pels quals el TC considera les referides qüestions d'inconstitucionalitat ajustades a dret. No obstant això, cal tenir en compte que, la

¹⁵³ GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, p. 654.

¹⁵⁴ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 12.

¹⁵⁵ La STC 76/2008, de 3 de juliol, avala la constitucionalitat de l'art. 153.1 CP i, en efecte, dona resposta a les nombroses qüestions d'inconstitucionalitat acumulades nùms. 6618-2005, 8236-2005, 760- 2006, 1579-2006, 2215-2006, 5351-2006, 7558-2006, 8437-2006, 8906-2006, 9361-2006, 10486-2006, 10913-2006, 1415-2007, 4561-2007, 4814-2007, 5615-2007, 5926-2007, 7497-2007, 8384-2007, 543-2008 y 1036-2008, plantejades pel Jutjat de lo Penal núm. 1 de Valladolid, respecte el primer incís de l'art. 153.1 CP en la redacció donada per l'art.37 de LOMPIVG.

datació de les sentències són *ex ante* a la reforma que va patir el CP. Per tant, cal fer un judici d'abstracció per tal de conceptualitzar-ho i no incorre, en efecte, en errors.

a) STC núm. 45/2009, de 19 de febrer de 2009.

La STC núm. 45/2009, de 19 de febrer, va fallar en contra de la qüestió núm. 5983-2005 plantejada contra l'art. 171.4 CP relatiu a les amenaces. En aquest sentit, la Magistrada-Jutge titular del Jutjat de lo Penal núm. 4 de Murcia considera que el paràgraf primer de l'art. 171.4 CP, en la seva vigent redacció, soferta per l'art. 38 LOMPIVG “*puede ser contrario a los arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución*”¹⁵⁶. Consta de tres vots particulars tots ells discrepants¹⁵⁷.

La norma enjudiciada tipifica com a delicte el fet que un home amenaci lleument a la seva dona sigui aquesta actual, anterior o bé equivalent. Així doncs, el dubte de constitucionalitat es fonamenta, com succeeix en la STC 59/2008, de 14 de maig, en l'existència d'un tractament punitiu distint sobre la mateixa conducta en funció del sexe dels subjectes actius i passius, donat que la mateixa conducta –en termes de la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal– era constitutiva de falta (art. 620.2, paràgraf 3er¹⁵⁸) en els casos en que sigui la mateixa perpetrada per la dona envers el seu home.

La Sentència senyala que no es vulneren els principis d'igualtat i proporcionalitat i els motius que exposa són diversos, entre ells: per una banda, la diferència en la punibilitat, segons el TC, té com a finalitat la protecció de béns tutelats constitucionalment i que es considera que estan insuficientment protegits en les relacions de parella (vida, integritat física, llibertat, seguretat, entre d'altres)¹⁵⁹. D'altra banda, respecte la proporcionalitat, el TC no considera que hi ha una desproporcionalitat en la pena donat que, paral·lelament, a la pena de presó que es contempla com a pena alternativa els treballs

¹⁵⁶ STC núm. 45/2009, de 19 de febrero, FJ. 1.

¹⁵⁷ La STC núm. 45/2009, de 19 de febrero, conté tres vots particulars discrepants formulats pels següents Magistrats: el Sr. CONDE MARTÍN de HIJAS, RODRÍGUEZ ARRIBAS i RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

¹⁵⁸ La LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Codi Penal español, en el momento de la redacció de la present sentència, disposava en l'art. 620.2 CP: “*serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve*”.

¹⁵⁹ STC núm. 45/2009, de 19 de febrero, FJ. 4.

en benefici de la comunitat¹⁶⁰. Fet que permet temperar la sanció penal a la gravetat de la conducta no produint, en efecte, un desequilibri patent entre el desvalor de la conducta i la sanció imposada.

b) STC núm. 127/2009, de 26 de maig de 2009.

La STC núm. 127/2009, de 26 de maig, dóna resposta a la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 7393-2006 plantejada pel Jutjat de lo Penal núm. 2 d'Albacete respecte l'art. 172.2 CP relatiu a les coaccions lleus, redactat conforme l'art. 39 LOMPIVG. La síntesi analítica de la qüestió d'inconstitucionalitat es basa en la suposada vulneració dels principis d'igualtat, de presumpció d'innocència, de legalitat i de proporcionalitat penal car evidencia un tracte penal diferent en el delictes de coaccions lleus. La Sentència consta de tres vots particulars¹⁶¹.

De manera que, el TC, en aquesta sentència, nega la inconstitucionalitat del precepte impugnat seguint la doctrina de les sentències ja referides *ut supra*, val a dir, la SSTC núm. 59/2008 i 45/2009. De manera que, reitera motius de sentències prèvies entre els quals destaquen: a) la diferenciació punitiva que hi ha quan la comissió de la mateixa conducta l'exerciten subjectes de sexes diferents, al entendre del TC, no viola el principi d'igualtat donat que té una justificació objectiva i raonable que no crea conseqüències desproporcionades en atenció a la finalitat que es persegueix¹⁶²; b) considera que no atempta contra el valor de la dignitat de la persona (art. 10 CE) car no identifica a la dona com una persona especialment vulnerable ni conté cap consideració sobre la major agressivitat dels homes¹⁶³; c) no existeix cap vulneració del dret a la presumpció d'innocència ni del principi de culpabilitat donat que el legislador aprecia un major desvalor que es el ho justifica¹⁶⁴; d) tampoc s'entenen vulnerats els arts. 25.1 i 9.2 CE car no existeix una indeterminació en la pena referida al lapsus en que pot imposar-se la pena d'inhabilitació per l'exercici de la pàtria potestat ni tampoc el precepte és contrari al principi d'igualtat i, finalment, el TC considera que existeix una compatibilitat amb el

¹⁶⁰ *Ídem*, FJ. 3.

¹⁶¹ La STC núm. 127/2009 de 26 de maig, conté tres vots particulars discrepants formulats pels següents Magistrats: el Sr. CONDE MARTÍN de HIJAS, RODRÍGUEZ ARRIBAS i RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

¹⁶² STC núm. 127/2009, de 26 de maig, FJ. 4.

¹⁶³ *Ídem*, FJ. 5.

¹⁶⁴ *Ídem*, FJ. 9.

principi de proporcionalitat penal, doncs el major desvalor apreciat pel legislador és el que justifica una pena major¹⁶⁵.

c) STC núm. 41/2010, de 22 de juliol de 2010.

La STC núm. 41/2010, de 22 de juliol, va desestimar també les qüestions d'inconstitucionalitat núm. 27755-2007 i 7291 plantejades pel Jutjat de lo Penal núm. 2 d'Albacete, envers l'art.148.4 CP relatiu a les lesions, redactat conforme l'art. 36 LOMPIVG.

En les qüestions d'inconstitucionalitat es qüestionen –valgui la redundància– la constitucionalitat d'una suposada diferència de tracte per raó de sexe que comporta, implícitament, una discriminació pel col·lectiu masculí al veure's agreujada la pena de “*dos a cinco años de prisión*” pel delictes de lesions quan el subjecte actiu sigui l'home i dita violència es causi a una dona que sigui o hagi sigut esposa o hagi mantingut una anàloga relació d'afectivitat, front a la pena més lleu, de “*seis meses a tres años*” que li correspondria a la dona per cometre els fets idèntics comesos per l'home.

El TC, en efecte, desestima la qüestió d'inconstitucionalitat atenent l'exigència de valorar quina és la raó que motiva la diferència de tracte de la norma qüestionar-la i relacionar-la, com no, amb la finalitat que es persegueix. Per resoldre aquesta Sentència l'Alt Tribunal aplica doctrina de les sentències ja citades, núm. 59/2008, 45/2009 i 127/2009.

¹⁶⁵ *Ídem*, FJ. 9, paràgraf b.

CONCLUSIONS FINALS.

A tenor dels preceptes estudiats en el desenvolupament d'aquest treball i, d'acord amb els fins i objectius preestablerts a l'inici i que, en efecte, van motivar la realització d'aquest treball, es poden extreure les següents conclusions:

En primer lloc, la comprensió de les diverses tipologies de violència¹⁶⁶ que contempla el nostre CP es troba implícitament relacionat amb el concepte de família. En efecte, delimitar conceptualment la significació del vocable i el seu abast no ha estat una tasca senzilla però sí necessària per poder copsar quan ens trobem emmarcats en un supòsit o altre de violència. Ara bé, convé destacar que, en funció de l'òptica de l'autor o bé de la ciència –jurídica o social– que l'analitzi, aquesta conceptualització varia. Per tant, d'acord amb la definició soferta per BAQUEIRO ROJAS, es determina que la família en termes jurídics és el “grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidos por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone derechos y otorga deberes jurídicos”¹⁶⁷.

En segon lloc, en aquest anàlisi s'ha constatat una clara distinció entre els conceptes de violència de gènere (art. 153.1 CP)¹⁶⁸, violència domèstica ocasional o “aïllada” (art. 153.2 CP)¹⁶⁹ i la violència domèstica amb el component d'habitualitat (art. 173.2 CP)¹⁷⁰. Conceptes que, *a priori*, es juxtaposen i creen confusió sinó es coneix el seu contingut essencial, tot i que en realitat s'ha pogut percebre que són delictes independents, autònoms i dotats de substantivitat pròpia. Es tracten de delictes que transcendeixen l'àmbit del dret intern i, per tant, són presos en consideració no només

¹⁶⁶ Violència de gènere (art. 153.1 CP); violència domèstica ocasional o “aïllada” (art. 153.2 CP) i, finalment, violència domèstica amb el component de l'habitualitat (art. 173.2 CP).

¹⁶⁷ BAQUEIRO ROJAS, *ob.cit.*, p. 9.

¹⁶⁸ La violència de gènere castiga la violència –física o psíquica– exercida per part de l'home envers la dona, exdona o bé contra la dona amb la que mantingui o hagi mantingut una relació d'afectivitat, malgrat que no hi hagi hagut convivència (parella de fet o novia).

¹⁶⁹ La violència domèstica ocasional o “aïllada” pren en consideració aquella conducta violenta envers persones vinculades familiar o afectivament al agressor o agressora (cònjuges, parelles de fet o novios, actuals o passats, quedant exclosos els que donen lloc a la violència de gènere; ascendents, descendents, germans propis o del cònjuge o convivent), o persones amb les que conviu (menors o persones amb discapacitat necessitades d'especial protecció convivents o subjectes a pàtria potestat, tutela, curatela, acolliment o guarda del cònjuge o convivent; o altres persones integrades en la família).

¹⁷⁰ La violència domèstica habitual fa menció a la violència exercida sobre un determinat subjecte vinculat a l'agressor de forma reiterada.

per aquest sinó també per part de l'ordenament jurídic internacional, desenvolupant un *corpus iuris* coherent i harmònic que els identifica com a greus afectacions als drets humans.

En tercer lloc, la tipologia de violència que pren en consideració el legislador penal, en el delictes de violència de gènere, és aquella que provoca una lesió física i/o psíquica a la víctima. Per tant, d'acord amb el principi d'intervenció mínima i en correlació amb la seva ubicació sistemàtica: Títol III sota la rúbrica “*De las lesiones*”, el bé jurídic protegit penalment és la integritat física i moral de la dona en una dimensió que até la seva pròpia autonomia personal i a més, aquesta s'ha d'originar en un context masclista, *ergo*, de discriminació.

Les reformes operades que han tingut per objecte cessar amb aquesta lacra social han sigut nombroses, fins acabar culminant en l'actualitat –encara que no definitiva al meu entendre– amb la LOMPIVG a nivell estatal o bé amb la Llei 5/2008, de 24 del dret a les dones a eradicar la violència masclista a nivell autonòmic. Així doncs, la modificació que la LOMPIVG ha realitzat sobre l'art. 153.1 CP ha provocat nombroses crítiques, doctrinals i jurisprudencials, al considerar la seva inconstitucionalitat *prima facie* al vulnerar la seva redacció *ad litteram* tant el dret a la igualtat jurídica (art. 14 CE) com el principi de proporcionalitat.

La configuració de determinats tipus legals com el ja esmentat, o bé els continguts en altres articles –148.4, 171.4, 173.2 CP– ha comportat en la *praxis* que l'òrgan creat *ad hoc* per vetllar per la constitucionalitat, val a dir, el TC, es pronunciï front nombroses qüestions d'inconstitucionalitat promogudes per part de Jutges i Tribunals, en especial, la STC núm. 59/2008, de 14 de maig.

La qüestió d'inconstitucionalitat núm. 5939-2005 plantejada pel Jutjat de lo Penal núm. 4 de Murcia en relació amb l'art. 153.1 CP enjudicia la nova redacció que dona la LOMPIVG, que castiga les lesions o el maltracte d'obra quan l'autor sigui un home i l'ofesa sigui o hagi sigut esposa o dona que hagi estat lligada a ell per una anàloga relació d'afectivitat. De manera que, l'acció objectiva no revesteix cap particularitat però sí el subjecte que l'efectua, donat que en funció de la condició d'aquest la conducta es subsumeix en un tipus o altre variant, implícitament, el mínim del marc penal. Dit en

altres termes, si la mateixa conducta que sanciona l'art. 153.1 CP l'exercitès la dona essent autora del delictes la mateixa aquesta rebria, segons l'òrgan judicial qüestionant, una pena menor al no subsumir-se la seva conducta a un perfil masculista.

No obstant això, en contraposició l'Alt Tribunal respon de manera justificada els arguments de l'òrgan judicial qüestionant, entenent que si la interpretació que efectua la Magistrada fos la única possible el precepte sí que seria inconstitucional desplegant aquests efectes *erga omnes*. De manera que, segons el TC l'art. 153.1 CP no infringeix cap principi donat que el fi de la norma és legítim: *“incrementar la protecció de la integritat física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que el legislador ofrece razones para considerar que están insuficientemente protegidas, y luchar contra la desigualdad”*¹⁷¹. A més, tampoc existeix un *numerus clausus* dels subjectes que poden intervenir en la comissió d'aquesta figura delictiva tant per l'expressió “el que” –utilitzada en molts preceptes del CP atorgant neutralitat– com la de *“persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”* ampliant el cercle de possibles subjectes passius.

Tot indica que es tracta, per tant, d'una controvèrsia que incideix directament en els subjectes. Fins al moment, les relacions plantejades versaven entre subjectes de sexes oposats (home-dona), però també s'ha de tenir en compte, per una banda, que cada cop més es constaten en la nostra societat noves formes de relacionar-se afectivament que difereixen del model tradicional (relacions homosexuals o bisexuals) i, d'altra banda, és rellevant precisar que existeix la possibilitat de modificació del propi sexe (transsexuals). Així doncs, es tracten de relacions entre persones en les que també es poden donar episodis de violència i, per tant, requereixen regulació i protecció. Ara bé, tot i no ser regulats per l'art. 153.1 CP, car l'art. 1.1 LOMPIVG disposa que la present llei té per objecte actuar contra la violència dels homes contra les dones, es subsumeixen en un altre tipus, doncs, com hem dit, el delictes de violència de gènere és un delictes especial.

En suma, el desenvolupament de qualsevol tipus de relació entre els subjectes que integren una societat pot originar el sorgiment d'episodis de violència, front els quals

¹⁷¹ STC núm. 59/2008, de 14 de maig, FJ. 12.

l'ordenament jurídic ha d'atendre i oferir protecció penal (funció de la norma penal). Ara bé, en el marc del treball que he desenvolupat, i atenent als subjectes implicats en aquesta relació violenta, considero que s'ha de prestar una major sensibilització, per part del legislador, l'aplicador de la llei i intèrpret de la mateixa, així com de les institucions vinculades a la violència de gènere i domèstica. Doncs, el marc en el que aquesta es produeix, inicialment, és un marc de protecció, ja que sorgeix dins d'unes relacions o interrelacions familiars, personals, de proximitat, d'afectivitat, etc., front les quals, en principi, no s'esperen que aparegui aquesta violència. Això, el que suposa és no sols ser víctima d'un acte delictiu, sinó que també ser víctima d'una realitat per la qual la societat, l'educació i la família no prepara. De manera que, s'hauria de pensar, com ja he assenyalat al llarg del treball, com podem incloure els nous models de família, les noves relacions personals i afectives que ens envolten, en els preceptes penals estudiats; o, si cal i, així ho crec, s'hauria de revisar la Llei Integral contra la Violència de Gènere, així com el Codi Penal, en matèria de gènere, per tal de que pogués protegir a les persones que actualment, no obstant formar una relació de parella o família, es troben excloses de protecció pel nostre ordenament jurídic

BIBLIOGRAFIA.

- **Monografies:**

- **ALVENTOSA DEL RÍO, J.** (2008), *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. [acces el 2 de maig de 2018 en: <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/DiscriminacionOrientacionSexualIdentidadGeneroDerechoEspanol.pdf>].

- **BAQUEIRO ROJAS, E.** (1994), *Derecho Civil*, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, vol.1, México: Harla.

- **BOIX REIG, J., i MARTÍNEZ GARCÍA, E.** (Coords.), (2005), *La nueva ley contra la violencia de genero*, Iustel.

- **CANOSA USERA, R.** (2006), *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova. [acces el 14 d'abril de 2018 en: <https://books.google.es/books?id=9PHGTMLAOrMC&pg=PA94&lpg=PA94&dq=doctrina+menoscabo+psiquico&source=bl&ots=jwsU6J3RrZ&sig=XikV3-9kHwdp1OXlp-F2YONkcw4&hl=ca&sa=X&ved=0ahUKEwj81NbVvbraAhWLyKYKHdXpATMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=doctrina%20menoscabo%20psiquico&f=false>].

- **CASTIÑEIRA PALOU, M^a i VVAA.** (2015), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier.

- **COBO DEL ROSAL, M. i VIVES ANTÓN, T.** (1999), *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.

- **GARCÍA ÁLVAREZ, P. i DEL CARPIO DELGADO, J.** (2000), *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar (LO 1/1999, de 9 de Junio). Problemas fundamentales*, Tirant Lo Blanch.

- **GARCÍA ARÁN, M. i MUÑOZ CONDE, F.** (2010), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch.

- **LAMBERTI, S.** (2008), *Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos*, Buenos Aires, Universidad.

- **LUZÓN CUESTA, J. M^a.** (2005), *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dyknson.

- **MUÑOZ CONDE, F.** (2015), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch.

- **QUERALT JIMÉNEZ, J.** (2010), *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier Libros Jurídicos.

- **RUIZ CARBONELL, R.** (2002), *La Violencia Familiar y los Derechos Humanos*, México. [acces el 15 de març de 2018 en: http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Ricardo_Ruiz.pdf].

- **ROMO PIZARRO, O.** (2000), *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile.

- **TAMARIT SUMALLA, J. M^a.** (2011), “De las lesiones: (arts. 147 a 156 ter)” en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson-Aranzadi.

- **VILLAVICENCIO TERRENOS, F.** (2006), *Derecho Penal. Parte General*, Grijley.

- **Articles doctrinals:**

- **ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.** (1991), “Bien Jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43.

- **AMER MARTÍN, A.** (2016), “La derogación de las faltas y la creación de los delitos leves por la LO 1/2015, en *Noticias Jurídicas*. [acces el 14 d’abril de 2018 en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11234-la-derogacion-de-las-faltas-y-la-creacion-de-los-delitos-leves-por-la-lo-1-2015/#_Toc456800839].

- **ANDRÉS NOIR, R.** (2010), “Sobre el movimiento LGHBT (Lésbico-Gay, Homosexual-bisexual, transgénero”, en *Revista Electrónica de Psicología Política*, núm. 22. [acces el 2 de maig de 2018 en: http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf].

- **AVENA MIRANDA, C. i MARTOS MARTÍNEZ, G.** (2010), “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal, penitenciario*, núm. 77. [acces el 15 d’abril de 2018 en: http://eprints.ucm.es/12218/2/La_violencia_de_género_y_el_principio_de_igualdad_ante_la_Ley.pdf].

- **CRISTÓBAL LUENGO, H.** (2014), “El concepto de habitualidad en la violencia doméstica: análisis del artículo 173.2 del Código Penal Español”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, núm. 35.

- **CUENCA GARCÍA, M^a J.** (2018), “La violencia en el ámbito familiar: historia y actualidad”, en *La docencia del Derecho con perspectiva de género*.

- **DEL MORAL GARCÍA, A.** (2004), “Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. Actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consell General del Poder Judicial. [acces el 4 de maig de 2018 en: https://www.google.com/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwi6tcqM4OvaAhUBBiwKHUCBBFwQFjAEegQIABBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FDOCTRINA%2FFICHERO%2F02EVD-3_1.0.0.pdf&usg=AOvVaw0-5dr4CB7rzQXxPsteb-7r].

- **FÉLIX CÁRDENAS, R.** (2003), “El Delito de Malos Tratos en el ámbito familiar. Algunas consideraciones sobre su regulación en España y México”, en *Jurídica*.

Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 33. [acces el 30 de març de 2018 en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11516/10543>].

- **FREIXES SANJUÁN, T.** (2001), “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo”, en *Revista Artículo 14*, núm. 6.

- **GÁLVEZ MUÑOZ, L.** (2003), “Sinopsis artículo 14 CE” en *Congrés dels Diputats*. [acces el 13 d’abril de 2018 en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>]

- **GARCÍA ÁLVAREZ, P.** (2009), “Precedentes de la Denominada Violencia de Género en el Código penal español. Apuntes Críticos” en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant Lo Blanch.

- **GARCÍA ARÁN, M.** (2009), “Injusto individual social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C, (Dir.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch.

- **LEÓN CHAPARRO, L.** (2003), “Estudio del Actual Artículo 173 del Código Penal”, en la *Revista Baylio* (edició electrònica). [acces el 13 d’abril de 2018: <http://www.icace.org/pdf/ponenciaCAM1.pdf>].

- **LUQUE de GREGORIO, M. A.** (2016), “La inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004. ¿es posible combatir la violencia de género sin que se vea afectado el derecho a la igualdad?.” *Trabajo de Fin de Máster en Universidad Complutense de Madrid*. [acces el 15 d’abril de 2018 en: <http://eprints.ucm.es/38156/1/La%20Inconstitucionalidad%20de%20la%20Ley%20Orgánica%201%202004.pdf>].

- **MAESTRE SALCEDO, A.** (2016). “La violencia doméstica y su análisis jurisprudencial” en *I Congrés sobre Violència Domèstica i de Gènere*. [accés el 4 de maig de 2018 en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_7yYXMCEEKEJ:www.icasbd.org/vido/wp-content/uploads/2016/02/la-VIDO-y-an%25C3%25A1lisis-jurisprudencial.-Andr%25C3%25A9s-Maestre.rtf+&cd=1&hl=ca&ct=clnk&gl=es&client=safari].

- **MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.** (2003), “El delito de maltrato en el ámbito familiar; un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco”, en *Revista Penal*, núm. 11. [accés el 4 de maig de 2018 en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12589/Delito%20de%20maltrato.pdf?sequence=2>

- **MAQUEDA ABREU, M.** (2006), “La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, núm. 08-02. [accés el 24 de març de 2018 en: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf].

- **MIRANDA AVENA, C. i MARTOS MARTÍNEZ, G.** “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”. [accés el 15 d’abril de 2018 en: http://eprints.ucm.es/12218/2/La_violencia_de_género_y_el_principio_de_igualdad_ante_la_Ley.pdf

- **MUJICA FLORES, I.** (2009), “Comparecencia ante la Subcomisión para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género”, en *Aldarte*: “Centro de Atención a Gays, Lesbianas y Transexuales”. [accés el 2 de maig de 2018 en: <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/COMPARECENCIA.pdf>

- **OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLÉNCIA DOMÉSTICA y DE GÉNERO.** (2005), “Guía Práctica de la Ley 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección

Integral contra la Violència de Gènere”, *Consejo General del Poder Judicial*, Depòsit Legal: M-23682-2005. [accés el 14 d’abril de 2018 en: http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=b95f971436528510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES].

- **PERAMATO MARTÍN, T.** (2006), “Análisis de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género: cuestiones penales”, en *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*. [accés el 15 d’abril de 2018 en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiigZPjkr3aAhUBjCwKHch1BeAQFggtMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FDOCTRINA%2FFICHERO%2F03.2ponencia_peramato_1.0.0.pdf&usg=AOvVaw23kXHbLLRzZbCIHTddWrpQ].

- **ULLOA RUBIO, I.** (2010), “El tratamiento de la violencia de género, en relación con la igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16/2ª. [accés el 15 d’abril de 2018 en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6sNDfmLzaAhVkYpoKHeoiDhoQFghBMAM&url=http%3A%2F%2Fjournals.sfu.ca%2Fredf%2Findex.php%2Fredf%2Farticle%2Fdownload%2F256%2F249&usg=AOvVaw165PNjGVGL_xyfitmcyjB7].

- **ZAMORA JIMÉNEZ, A.** (2008), “Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal”, en la *Revista Letras Jurídicas*, núm. 6. [accés el 12 d’abril de 2018 en: <http://cuci.udg.mx/letrasjuridicas/index.php/letrasjuridicas/article/view/59/59>].

- **Legislació:**

- Declaració dels Drets i dels Deures de l’Home i del Ciutadà de 22 d’agost de 1795.

- Real Decret de 24 de juliol de 1889 pel que es publica el Codi Civil, BOE núm. 206, de 25 de juliol de 1889.

- Constitució Espanyola de 27 de desembre de 1978, BOE núm. 311, de 29 de desembre de 1978.
- Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers, BOE núm. 234, de 30 de setembre de 2003.
- Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, BOE núm. 313, de 29 de desembre de 2004.
- Llei 3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones
- Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per la igualtat efectiva d'homes i dones, BOE núm. 71, de 23 de març de 2007.
- Llei 5/2008 , de 24 d'abril, del dret a les dones a eradicar la violència masclista. DOGC núm. 5123, de 2 de maig de 2008.
- Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de Protecció de la Seguretat Ciutadana, BOE núm. 77, de 31 de març de 2015.

- **Jurisprudència:**

- STC núm. 2/1981, de 24 de febrero de 1981.
- STC núm. 9/1981, de 31 de març de 1981.
- STC núm. 44/1987, de 9 d'abril de 1987.
- STC núm. 160/1987, de 27 de novembre de 1987.
- STC núm. 150/1989, de 25 de setembre de 1989.
- STC núm. 150/1991, de 4 de juliol de 1991.
- STC núm. 246/1991, de 19 de desembre de 1991.
- STC núm.146/1994, de 12 de maig de 1994.
- STC núm. 55/1996, de 28 de març de 1996.
- STC núm. 207/1996, de 16 de desembre de 1996.
- STC núm.92/1997, de 8 de maig de 1997.

- STC núm. 161/1997, de 2 d'octubre de 1997.
- STC núm. 119/2001, de 24 de mayo de 2001.
- STC núm. 59/2008, de 14 de maig de 2008.
- STC núm. 76/2008, de 3 de juliol de 2008.
- STC núm. 99/2008, de 24 de juliol de 2008.
- STC núm. 45/2009, de 19 de febrero de 2009.
- STC núm. 127/2009 de 26 de maig de 2009.
- STC núm. 167/2016, de 6 d'octubre de 2016.
- STS núm. 55/1996, de 28 de març de 1996.
- STS núm. 161/1997, de 2 d'octubre de 1997.
- STS núm. 136/1999, de 20 de juliol de 1999.
- STS núm. 927/2000, de 24 de juny de 2000.
- STS núm. 1161/2000, de 26 de juny, de 2000.
- STS núm. 5001/2013, de 30 de setembre de 2000.
- STS núm. 20/2001, de 22 de gener de 2001.
- STS núm. 849/2003 d'11 de febrer de 2003.
- STS núm. 414/2003, de 24 de març de 2003.
- STS núm. 932/2003, de 27 de juny de 2003.
- STS núm. 2142/2004, de 29 de març de 2004.
- STS núm. 1061/2009, de 26 d'octubre de 2009.
- STS núm. 20/2011, de 27 de gener de 2011.
- STS núm. 9353/2011, de 14 de desembre de 2011.
- STS núm. 232/2015, de 20 d'abril de 2015.
- STS núm. 3141/2015, de 2 de juliol de 2015.
- STS núm. 364/2016, de 27 d'abril de 2016.

AGRAÏMENTS

Expressar el meu més sincer agraïment a la Dra. M^a José Cuenca Garcia, directora del present treball per la seva dedicació i ajuda en el desenvolupament d'aquesta memòria.

