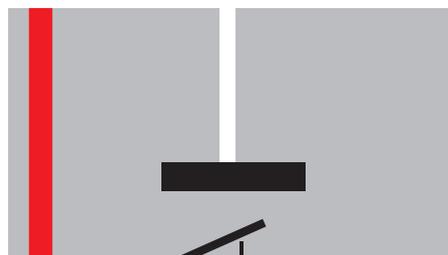


COLECCIÓN DE **DERECHO PENAL**



LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL

María Acañe Sánchez



COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

Director: AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

**LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER
POR RAZÓN DE GÉNERO
EN EL CÓDIGO PENAL**

María Acale Sánchez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Cádiz



Madrid, 2006

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid, 2006
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2006)
ISBN-13: 978-84-290-1455-6
ISBN-10: 84-290-1455-1
Depósito Legal: Z. 3626-06
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

«A mi juicio este crimen requiere ser contemplado desde más eminente atalaya. Las nuevas mujeres caminan de prisa por la ruta de su emancipación y afinamiento espiritual. El muchacho español, en cambio, mantiene su punto de vista incomprensivo en materias conyugales: por muy vanguardista que sea en literatura, concibe el hogar como en el ochocientos. Prefiere que su mujer zurza calcetines, a verla interesada por más altos problemas del espíritu. Por eso no es raro que las hembras primaverales de esta hora sólo vean en los hombres de pareja edad un camarada de ejercicios físicos.

Si el mozo español no acelera su ritmo, la superioridad incipiente de la juventud femenina se transformará en un desequilibrio dramático y acaso no sea ésta la última vez que un anormal acorte la distancia con un golpe de navaja». 30 de septiembre de 1928.

Luis Jiménez de Asúa, «Los 'crímenes pasionales'», en el mismo, *Crónica del Crimen*, ed. Depalma, 6.^a edición, Buenos Aires, 1994, pp. 116-117.

*A todas las mujeres que han muerto en España
víctimas de la violencia de género desde el día de
los Santos Inocentes de 2004 en que se aprobó la
Ley Orgánica de Medidas de Protección contra la
Violencia de Género.*

El Puerto de Santa María, a 13 de septiembre de 2006

ABREVIATURAS

- AP*: Revista Actualidad Penal
- ADPCCPP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- art.: artículo
- CE*: Constitución Española de 1978
- CP*: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal
- CPC*: Cuadernos de Política Criminal
- LECR*: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LEX*: *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*
- LOPIVG*: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
- LO 7/2003*: Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
- LO 11/2003*: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*
- LO 15/2003*: Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal
- LOGP*: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
- PJ*: Revista Poder Judicial
- RDPyC*: Revista de Derecho Penal y Criminología
- SAP*: Sentencia de la Audiencia Provincial
- Sec.: sección
- SSAP*: Sentencias de la Audiencia Provincial
- SSTS*: Sentencias del Tribunal Supremo

Abreviaturas

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La LOPIVG ha incorporado al ordenamiento jurídico español un conjunto de medidas para luchar en positivo contra la discriminación por razón de género que ha venido sufriendo la mujer a lo largo de la historia. La reforma por ella operada es amplia, y afecta a los órdenes procesal (con la creación de un Juzgado competente en materia de violencia contra la mujer), laboral (ampliando las prestaciones para las trabajadoras que sufran esta clase de violencia), educativo (se incluyen en las enseñanzas regladas asignaturas referidas al respeto al principio de igualdad por razón de sexo, así como a la resolución pacífica de conflictos personales), sanitario (incidiendo en la detección precoz de la violencia), de la publicidad y al orden penal (con la inclusión de una serie de figuras delictivas en las que se identifica el sexo de los sujetos activos y pasivos, sexualizando pues la respuesta punitiva). Aunque la envergadura de la reforma impide hacer una valoración *in totum* de la misma, en términos generales no cabe duda de que es una ley en la que se ofrece una ayuda institucional idónea para que la mujer víctima de esta clase de violencia tenga la valentía suficiente para dar el complicado paso de romper, con su denuncia pública, la lacerante vida privada que sufre, bajo el paraguas dominante del machismo.

En materia penal, en la que se va a centrar este trabajo, la LOPIVG culmina una trayectoria legislativa que empezó en 1989¹, cuando se aprobó la *LO 3/1989, de 21 de julio, de reforma del Código penal*,

¹ Sobre esta evolución, véase: J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «De la política penal hacia una política Victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica», en J.M. TARAMIT SUMALLA (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, ed. Tirant lo Banch, Valencia, 2005, pp. 197 y ss.

momento en el que se introduce en nuestro derecho positivo el delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar para, según su Exposición de Motivos, «*mejorar la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo*». Que se trataba de un precepto imperfecto y, por tanto, mejorable, lo pone de manifiesto la pluralidad de reformas que en esta materia relacionada con la violencia doméstica ha soportado nuestro ordenamiento jurídico.

La primera se llevó a cabo con la aprobación del Código penal de 1995, en la que se solventaron algunos de los fallos detectados por parte de la doctrina y la jurisprudencia en el originario —y en cierta forma tosco— art. 425; la segunda, sólo cuatro años después, a través de la *LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, reforma de amplio contenido que afectó tanto a las conductas típicas, como a las personas implicadas, así como a la posibilidad de que el alejamiento pudiera ser impuesto no ya sólo como pena para los delitos y faltas de malos tratos, sino también como medida cautelar aunque sólo fuera para los primeros. En aquél entonces, ya resultó sorprendente el poco tiempo transcurrido desde el nacimiento del Código hasta el momento de su profunda reforma².

Lejos de lo que podía parecer, sin embargo, este movimiento reformador no se terminó entonces: en efecto, la LO 11/2003 llevó a cabo un cambio importantísimo en la regulación de los —a partir de ella— plurales delitos de malos tratos en distintos ámbitos, incluido el familiar; según la Exposición de Motivos de la Ley con la reforma se pretendía prestar una preferente atención al fenómeno de la violencia doméstica «*para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos*». A lo anterior, se añade que «*también se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido*». Por otro lado, la LO 15/2003 volvió a incidir en el tratamiento penológico

² M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 41 y ss.

del maltratador, con la reforma que llevó a cabo de los artículos 48.2, 57, 83.1.1.^a y 3.^a y 88.1³, así como del recién reformado art. 620.

Hasta este momento pues el objeto de las distintas y sucesivas reformas no era otro que mejorar la protección de todas las personas que, con independencia de su sexo y de su concreta relación, formaran parte de una unidad familiar.

Sin embargo, los cambios operados a través de la LOPIVG incorporan al ordenamiento jurídico penal español una nueva dimensión valorativa, en la medida en que se ha individualizado a la mujer casada o unida sentimentalmente al agresor de sexo masculino y se le ha dado —*en todo caso*— una respuesta punitiva especial, dejando a un lado a otras relaciones de pareja (las compuestas por personas del mismo sexo), al hombre víctima de violencia a manos de quien sea o haya sido su esposa o compañera sentimental con o sin convivencia y a otras personas de ambos sexos unidas familiarmente por vínculos distintos a los que ofrece el matrimonio (por ejemplo, los actos de violencia que ejerce hombre o mujer sobre su hija/o, o sobre su padre o madre) a no ser que —*en su caso*— se trate de una persona vulnerable que además conviva con el autor. Como se verá, la inclusión de este segundo grupo en esta sede carece de justificación alguna en razón de la materia, y como parece que así ha sido, no tiene otra finalidad que frenar posibles y futuras declaraciones de inconstitucionalidad de la LOPIVG una vez que el Tribunal Constitucional empezara a resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que el propio legislador era consciente de que iban a ser presentadas.

La subdivisión en dos grupos de la unidad familiar adelanta ya que el legislador optó por proteger individualizadamente a cada uno de sus miembros, dejando al colectivo como estaba, no por otra cosa no ha sido objeto de modificación el delito de malos tratos habituales físicos y psí-

³ A ellas han de añadirse las reformas que han sufrido otros textos legales —en particular, la LECR— con la misma finalidad que las primeras: proteger a las víctimas de esta clase de violencia (las más recientes, a través de la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica* y de la *LO 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*): *vid infra*.

quicos en distintos ámbitos, incluido el familiar del art. 173.2 y 3, a pesar de las contradicciones que se encierran en su interior desde la reforma operada por la LO 11/2003. De forma que al día de hoy se puede decir que el Código penal español incorpora a su articulado una doble velocidad, pues la pena va a ser mayor según quien sea el sujeto pasivo y quien sea el activo.

En debate social suscitado durante la tramitación parlamentaria de la hoy LOPIVG se vio avivado por la intervención de la Real Academia Española de la Lengua, que hizo público un informe⁴ —que, por otro lado, nadie le había pedido—, en el que se rechazaba la denominación de «violencia de género», porque en opinión de nuestros académicos «*en español no existe tradición de uso de la palabra género como sinónimo de sexo*» y se proponía como denominaciones alternativas las de «*violencia doméstica*» o «*por razón de sexo*»⁵. Dicho informe fue motivo suficiente para que los propulsores de la Ley sustituyeran la referencia al «género» por la expresión «*violencia ejercida sobre la mujer*». No obstante, la presión de las asociaciones feministas hizo que con la misma rapidez, se volviera a introducir la referencia al género en el texto finalmente aprobado. La inseguridad puesta de manifiesto por parte del legislador refleja en cierta medida su desconocimiento parcial sobre el propio objeto de protección, como se examinará posteriormente.

La intervención en el debate surgido en torno a la LOPIVG por parte de la Real Academia todavía sorprende más cuando se constata que la primera vez que entra en nuestro ordenamiento jurídico la idea de ofrecer a la mujer una «protección integral» contra la «violencia de género», no ha sido con la aprobación de la LOPIVG, sino con la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, en cuya Exposición de Motivos, identificaba su objetivo con la lucha frente a «*la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género*» que «*constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordi-*

⁴ El Informe de la Real Academia Española sobre la expresión «violencia de género» puede verse en <http://rae.es/rae/gestores>.

⁵ Véase: M. POLAINO NAVARRETE, «Reforma penal de 2004: la Ley integral contra la violencia de género. (Acotaciones críticas)», en *Revista de la Facultad de Derecho de Sevilla. Crónica Jurídica Hispalense*, 2005/3, pp. 314-319.

nada». A ella le siguió cronológicamente la *Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno* y, recientemente, ha visto la luz el *Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, aprobado en el Consejo de Ministros del 23 de junio de 2006, que si bien no hace referencia al género en el propio nombre de la ley, en su interior es constante la referencia a la necesidad de hacer efectivo «el principio de igualdad de trato» y la «discriminación contra mujer en cualquier ámbito de la vida o actuación pública o privada» como forma de luchar contra la discriminación por razón de género.

Tanta reforma de una misma materia en tan poco tiempo, pone de manifiesto que el legislador no termina por acertar en la elección del modelo de intervención frente al fenómeno de la violencia de determinadas personas hacia otras a las que están unidas por vínculos familiares⁶. La sociedad está de acuerdo en que hay que ofrecer una cada día mayor protección a las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar. Pero el Código penal no puede admitir por así decirlo cualquier cosa: su utilización con la finalidad simbólica de acallar las voces de determinados sectores de la sociedad sin programa político criminal alguno que la sostenga puede tener unos claros beneficios electorales, pero no tiene ningún efecto en la mejor protección de los bienes jurídicos, única función que tiene —o debería tener— el Derecho penal⁷.

⁶ En este sentido, también se ha procedido a reformar la circunstancia mixta de parentesco (art. 23) con la finalidad de aplicarla —con carácter agravante o atenuante, según el caso— a los supuestos de separación, divorcio o abandono de la relación de hecho anterior (supuestos excluidos de la interpretación tradicional de la circunstancia mencionada por parte de la jurisprudencia: *vid.*, por ejemplo, la STS de 5 de febrero de 1987).

⁷ Tramitación parlamentaria durante la que se oyeron descalificativos hacia las críticas provenientes de la Universidad. Así, PÉREZ DEL CAMPO, presidenta del Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres maltratadas de Coslada afirmó (Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso, en *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones*, núm. 64, de 19-07.2004, p. 70): «lo voy a comentar, dejándolo al mejor conocimiento no de catedráticos de derecho, porque estos saben mucho sólo de teoría, sino de profesionales del derecho que pudieran dar soluciones más acertadas». Por su parte, ARROYO ZAPATERO mantuvo ante idéntica Comisión

De esta forma, puede afirmarse la existencia en el ordenamiento jurídico español —incluido el ámbito penal— de un feminismo legal, que no tiene parangón, en el que finalmente, las pretensiones de determinados sectores del feminismo se han visto positivizadas⁸. Nótese que en el ámbito del Derecho los movimientos feministas se han agrupado en torno a la doctrina de la denominada «jurisprudencia feminista», cuyo objetivo no ha sido otro que la crítica a la aparente neutralidad y objetividad de las leyes⁹. En nuestro país, existe ya un feminismo legalizado que no admite interpretación judicial, en la medida en que se disecciona completamente la respuesta punitiva.

Consecuencia de las distintas y sucesivas reformas operadas del Código penal, es que si bien todavía no se ha manifestado el Tribunal Constitucional sobre todas las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas en relación con el art. 153 en su redacción dada por la LO 11/2003, ya existen nuevas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la redacción dada al mismo art. 153 por la LOPIVG, sobre todo si se tiene en consideración que en muchos casos el motivo de los distintos recursos no es otro que la posible violación del principio de proporcionalidad.

En este trabajo se va a acometer la tarea de examinar los mecanismos de acción positiva que ha instaurado en el ordenamiento jurídico español la LOPIVG para luchar contra la discriminación sufrida por las mujeres a manos de los hombres a lo largo de la historia.

El trabajo comienza con un primer análisis histórico de la evolución sufrida en el Código penal a lo largo del periodo de la codificación penal:

de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso (*Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones*, núm. 70, 08.09.2004, p. 28) lo siguiente: «¿Estos delitos sirven para una prevención general positiva? Eso son cosas de penalistas. Esto sirve para proteger a las mujeres, esto sirve para proteger a las víctimas. Lo de la prevención general positiva es un enredo para nuestras oposiciones».

⁸ Sobre esta cuestión, véase ampliamente A. BOVINO, «Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios», en www.ciencias-penales.org, pp. 1 y ss.

⁹ Sobre las distintas corrientes feministas y sobre la jurisprudencia feminista véase: S. EMMENEGGER, «Perspectiva de género en Derecho», en J. HURTADO POZO (dir.), *Derecho penal y Discriminación de la mujer, Anuario de Derecho penal 1999-2000*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 38 y ss.

la nueva situación legal actualmente en vigor en la que se lleva a cabo un trato diferente hacia la mujer no puede comprenderse si no es volviendo la mirada hacia la historia del Derecho penal español y hacia las distintas formas de discriminación legal hacia la mujer que han existido. Quizás volver la vista atrás sirva para comprender en sus justos términos la envergadura de la reforma. En efecto, como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ «...la creación del nuevo delito de violencia masculina supondría no ya sólo la inclusión de una norma anticonstitucional en nuestro Ordenamiento, sino algo mucho peor todavía: un precepto que constituiría una auténtica aberración jurídica, carente de legitimidad con arreglo a los fines del Derecho penal propio del Estado de Derecho, y que supondría un retroceso de doscientos años en el pensamiento jurídico-penal o, en su caso, el regreso a fases más recientes de la historia de la legislación penal que los penalistas creíamos superadas para siempre»¹⁰.

En el Capítulo II se analiza el concepto de violencia de género del art. 1 LOPIVG, del que se van a extraer una serie de conclusiones que condicionarán el resto del estudio realizado en torno a la distinción existente entre violencia «doméstica», de «género» y «familiar». Posteriormente, en el Capítulo III se busca el fundamento de la reforma operada, partiendo de que en la medida en que el Derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico que parte del principio de igualdad, no es posible incorporar cuñas discriminatorias en su seno, a no ser que se identifique un sólido bien jurídico que sostenga el plus punitivo. Ello ha determinado que se examine, por un lado, el fundamento de las reformas operadas en el conjunto del ordenamiento jurídico con la exclusión de las operadas en el ámbito penal y, por otro, el que sostiene a éstas últimas.

¹⁰ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Una rectificación insuficiente del Gobierno», en el mismo, *Crónica Penal (Del Prestige y de otros relatos jurídico-penales)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 195. Por su parte, afirma POLAINO NAVARRETE («Reforma penal de 2004: la Ley integral contra la violencia de género. (Acotaciones críticas)», cit., p. 311) que las reformas operadas por la LOPIVG constituyen «un claro caso de involución del sistema punitivo, que echa por la borda los depurados avances en la Dogmática jurídico-penal conseguidos durante décadas»; E. GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo» a la 10.^a edición del *Código penal de Tecnos*, Madrid, 2004, pp. 22-23.

Sólo una vez que se terminó con este análisis, se pudo pasar a analizar las concretas modificaciones que ha sufrido el Código en sus Libros II y III. En efecto, el análisis jurisprudencial de las distintas figuras delictivas —coacciones, amenazas, lesiones, mal trato singular, y quebrantamiento de condena— pone de manifiesto la gravedad —o falta de gravedad— de las conductas que han sido modificadas, que han pasado, de estar castigadas con penas de localización permanente o multa, a estarlo con penas de *«prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años»*. Ahora bien, el capítulo relativo al análisis de la parte especial del Código quedaría incompleto si no se tuviera en consideración que la LO 11/2003 tipificó expresamente como una modalidad agravada de lesiones del art. 149 la mutilación genital, que ha de entenderse —a pesar del silencio que guarda en este punto el texto articulado— como mutilación genital femenina, por los motivos que se analizarán posteriormente; volvió a castigar la explotación del ejercicio de la prostitución ajena con consentimiento de la persona prostituida, y, finalmente, dentro de los delitos de lesa humana, incorporó la referencia al género en su interior: existe pues también en esta sede una concreta visión de género que no puede ser ignorada.

El análisis de la parte especial no termina con el estudio de dichos delitos, pues se ha optado por incluir una referencia al delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar en la medida en que si bien en este caso, se protege un bien jurídico compartido del que es titular la propia unidad familiar, sin tener en consideración el sexo ni la relación parental entre los sujetos descritos en el art. 173.2, se da la circunstancia de que los concretos actos que van a pasar a configurar la habitualidad sí lo han sido, poniéndose con ello de manifiesto que existe una jerarquización dentro de la familia, a cuya cabeza se encuentra la mujer casada o unida sentimentalmente al agresor de sexo masculino, optando claramente por un concreto modelo de familia, justo en el momento en el que se aprobó la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer*

matrimonio, que permite, como es sabido, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Pero junto a la depuración del elenco de conductas constitutivas de delito, también el arsenal punitivo ha venido sufriendo constantes modificaciones. En este sentido, en el Capítulo V se llevará a cabo un estudio sobre el conjunto de reformas en materia de penas y sustitutivos sobre violencia doméstica y violencia de género. Pues como se verá, en este punto es preciso analizar en primer lugar las reformas que llevaron a cabo las LLOO 11 y 15/2003, que se centraron en la violencia doméstica; a ellas habrá que añadir las reformas operadas en esta misma materia por la LOPIVG, si bien ésta se ha centrado, como se ha dicho, en la violencia de género: el solapamiento y la confusión en muchos casos entre «violencia doméstica» y de «violencia de género» es palpable.

El Capítulo VII se centra en las modificaciones incorporadas al orden procesal. Se incluye este apartado en este concreto lugar del trabajo porque, a la vista de la regulación actual y de las finalidades que hoy desempeña el Derecho procesal penal, parece que la víctima y, en particular, sus necesidades de protección personal, ha pasado a ocupar un papel relevante en este seno.

Finalmente, en tanto en cuanto, como se verá, la LOPIVG lleva a cabo una protección integral de todas las mujeres víctimas de esta lacra social, se examinará la cuestión relativa a la mujer maltratada inmigrante, que a los ojos del ordenamiento jurídico es más «inmigrante» que «maltratada»; con ello, como se intentará poner de manifiesto, se produce la quiebra de unos de los pilares de la propia LOPIVG: el principio de transversalidad.

Las críticas que a lo largo de este trabajo se van a hacer sobre la concreta visión de género incorporada al derecho positivo español no son incompatibles con defender la inclusión de la perspectiva de género en Derecho penal. Eso es lo que se intenta poner de manifiesto en el epílogo de este trabajo: eso sí, siempre en el marco de un Derecho penal garantista.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA	21
I. TRATAMIENTO LEGAL DE LA CUESTIÓN DE GÉNERO A LO LARGO DE LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA	21
II. LA MUJER COMO SUJETO PASIVO DE DELITO	26
1. La circunstancia agravante de «desprecio de sexo»	26
2. Delitos relacionados con la mujer en razón de su sexo	29
3. Delitos relacionados con la mujer en razón de su papel en la familia.....	33
4. El delito de uxoricidio	34
III. LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DE DELITO	39
1. El delito de adulterio	39
2. Las penas especiales para las mujeres: la pena pública y la pena marital.....	44
IV. LA PERSPECTIVA IGUALITARIA DESDE LA CE DE 1978: EL CP Y LA LOGP	47
V. LA IMPORTANCIA CUALITATIVA DE LAS REFORMAS OPERADAS POR LA LOPIVG	51
VI. EVOLUCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL, EUROPEO Y COMPARADO	55
CAPÍTULO II: EL PRESUPUESTO: EL CONCEPTO DE VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO HACIA LA MUJER DEL ART. 1 LOPIVG	63
I. INTRODUCCIÓN	63
II. LA DISTINCIÓN ENTRE VIOLENCIA HACIA LA MUJER POR RAZÓN DE GÉNERO Y POR RAZÓN DE SEXO	67
III. LA DISTINCIÓN ENTRE VIOLENCIA HACIA LA MUJER POR RAZÓN DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	75
IV. LAS FORMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	80

CAPÍTULO III: EL FUNDAMENTO DE LA REFORMA EMPREN- DIDA POR LA LOPIVG	89
I. IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD REAL Y ACCIONES POSITI- VAS	89
II. IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD REAL Y ACCIONES POSITI- VAS EN LA LOPIVG	95
III. LAS CONCRETAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN LA LOPIVG: LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS DE ESTA CLASE DE VIOLENCIA	97
1. Introducción	97
2. Derecho a la información sobre su situación personal	103
3. Derecho a la asistencia social integral	104
4. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.....	106
5. Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social	107
6. Derechos económicos.....	108
IV. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL: LA SINGULARIDAD DE SU FUNDAMENTO.....	109
CAPÍTULO IV: EN PARTICULAR, EL FUNDAMENTO DE LAS RE- FORMAS OPERADAS EN EL ÁMBITO PENAL	119
I. INTRODUCCIÓN	119
II. LOS «SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS» DE LA «VIOLENCIA DE GÉNERO».....	122
III. EL FUNDAMENTO	129
1. El parentesco	129
1.a) Introducción	129
1.b) Tratamiento de la relación de pareja en el art. 23 CP y en la LOPIVG	136
1.b.a) «Cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad» (art. 23 CP).....	136
1.b.b) «Esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agre- sor por una análoga relación de afectividad aún sin con- vivencia» (LOPIVG)	143
1.c) El resto de los integrantes de la familia: la violencia doméstica en el art. 23 CP y en la LOPIVG	144
1.c.a) «O ser ascendiente, descendiente o hermano por natura- leza o adopción del ofensor o de su cónyuge o convivien- te» (art. 23 CP)	144
1.c.b) «Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (LOPIVG)	147
1.d) Eliminación: el parentesco como condición —en algunos casos— , pero no como fundamentación	148
2. Bien jurídico protegido	149
2.a) Acercamiento.....	149
2.b) La pluriofensividad de estas conductas	151

2.c) Crítica	158
2.c).I. Derecho penal de autor y de víctima: la simbología penal frente al enemigo del sistema	163
2.c).II. El coste de la decisión: la revictimización de cada mu- jer por el hecho de pertenecer al género femenino	169
CAPÍTULO V: LA CONCRECIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO HACIA LA MUJER EN LA PARTE ESPE- CIAL DEL CÓDIGO PENAL: LOS TIPOS PENALES EN PARTI- CULAR	175
I. INTRODUCCIÓN	175
<i>SECCIÓN PRIMERA: VISIÓN DE GÉNERO EN LAS LLOO 11 Y 15/2003</i>	177
I. LA MUTILACIÓN GENITAL: LESIONES AGRAVADAS DEL ART. 149	177
II. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN CONSENTIDA DE PERSONA MAYOR DE EDAD	183
III. LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD	188
<i>SECCIÓN SEGUNDA: LOS DELITOS OBJETO DE REFORMA POR LA LOPIVG.....</i>	190
I. DELITOS DE LESIONES	190
1. Introducción	190
2. El nuevo tipo agravado de lesiones por la concurrencia de la alevo- sía	192
3. El nuevo tipo agravado de lesiones según el sexo y la relación familiar de la víctima y por su especial vulnerabilidad del art. 148.4 y 5	194
4. El delito de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el fami- liar	198
4.a) Introducción	198
4.b) Conductas típicas	199
4.c) Relaciones concursales	202
4.d) Principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley y refor- mas en materia de maltrato	204
II. DELITOS Y FALTAS DE AMENAZAS.....	216
1. Introducción	216
2. Elementos comunes a las distintas modalidades de amenazas	219
3. Los nuevos delitos de amenazas	223
4. Interpretación jurisprudencial del concepto de amenaza a los efectos de las distintas modalidades típicas	227
4.a) Distinción entre amenazas de un mal constitutivo de delito del art. 169 y falta de amenazas del art. 620 y nuevos delitos de amena- zas del artículo 171.1 y 2.....	227
4.b) Distinción entre las amenazas de un mal no constitutivo de delito del art. 171.1 y constitutivas de falta del art. 620 o de 171.4 y 5	234

5. Ejemplos jurisprudenciales de las conductas que han sido elevadas al ámbito de los delitos de amenazas	235
6. Principios de proporcionalidad y de igualdad y reformas en materia de amenazas	238
III. DELITOS Y FALTAS DE COACCIONES	242
1. Introducción	242
2. Elementos comunes a las distintas modalidades de coacciones	247
3. Los nuevos delitos de coacciones y la falta de coacciones anterior a la LOPIVG	256
4. Ejemplos jurisprudenciales de las conductas que han sido elevadas al ámbito de los delitos de coacciones	258
5. Principios de proporcionalidad y de igualdad y reformas en materia de coacciones	261
IV. SUPUESTOS DE AGRAVACIÓN DE LA PENA COMUNES PARA LOS NUEVOS DELITOS DE MAL TRATO SINGULAR, AMENAZAS Y COACCIONES	263
1. Introducción	263
2. La presencia de «menores»	265
3. La utilización de «armas»	267
4. La comisión en el domicilio común o en el domicilio de la víctima	269
5. La violación de una orden de alejamiento	271
V. DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA	274
1. Introducción	274
2. Análisis de la conducta típica	275
3. Principios de proporcionalidad y de igualdad en materia de quebrantamiento de condena.....	277
<i>SECCIÓN TERCERA: EXCURSO SOBRE EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES EN DISTINTOS ÁMBITOS.....</i>	278
I. INTRODUCCIÓN	278
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	281
1. Introducción	281
2. Relación existente con el delito de trato degradante del art. 173.1 ..	286
3. Otros argumentos favorables al cambio del bien jurídico protegido ..	288
4. La necesidad de seguir manteniendo el tradicional bien jurídico protegido en el viejo delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar en las nuevas figuras delictivas	292
5. La necesaria reforma del nuevo art. 173.2	294
III. LAS PENAS	297
CAPÍTULO VI: VÍCTIMA DEL DELITO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO PARA EL AGRESOR.....	301
I. INTRODUCCIÓN	301
II. LA VÍCTIMA DEL DELITO Y LOS FINES DE LA PENA	304
III. EL ALEJAMIENTO	310
1. Antecedentes legislativos	310

2. La pena de alejamiento	315
2.a) Pena accesoria.....	315
2.b) Criterios a tener en consideración para su adopción	318
2.c) Modalidades	320
2.d) Tiempo de duración y momento de su cumplimiento	328
2.e) Régimen especial en caso de violencia en el ámbito familiar ..	330
2.f) Consecuencias del incumplimiento	335
3. Las medidas de seguridad de alejamiento	336
IV. RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE PENAS PARA PERSONAS CONDENADAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO	339
V. EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN LOS SUPUESTOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO	345
CAPÍTULO VII: LAS REFORMAS EN EL ORDEN PROCESAL.....	349
I. INTRODUCCIÓN	349
II. LA TUTELA JUDICIAL: LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER	353
1. Introducción	353
2. Competencia	356
2.a) Introducción	356
2.b) En el orden penal	357
2.c) Adopción de las órdenes de protección.....	361
CAPÍTULO VIII: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD EN LA LOPIVG: LA MUJER INMIGRANTE MALTRATADA	369
I. APROXIMACIÓN	369
II. LA DISPERSIÓN DEL MARCO NORMATIVO	377
III. LA MUJER MALTRATADA «INMIGRANTE» EN LA LOPIVG.....	380
1. Introducción	380
2. Derechos reconocidos a las mujeres: la particular situación de las mujeres inmigrantes	382
IV. LA MUJER INMIGRANTE «MALTRATADA» EN LA LEX Y EN EL REGLAMENTO QUE LA DESARROLLA	388
1. Introducción	388
2. Autorización de entrada	390
3. Expediente de reagrupación familiar en circunstancias especiales....	391
4. Residencia temporal por razones humanitarias	394
5. La colaboración con la Administración de Justicia	397
V. EL CRUCE DE LA LOPIVG CON LA LEX: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD	400
EPÍLOGO: PERSPECTIVA DE GÉNERO EN UN DERECHO PENAL GARANTISTA	407
BIBLIOGRAFÍA	415

