

Protección contra las lesiones en el ámbito de la violencia de género

Fecha última revisión: 8/1/2020

Ref. CJ 8553/2015

Normas

CP 1995

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO III. De las lesiones

Artículo 147

Artículo 148

Regulación

Las **lesiones** se tipifican en el artículo 147 CP, siendo los apartados 4 y 5 del artículo 148 CP, añadidos por la LO 1/2004, y reformados por la LO 1/15, de 30 de marzo, los que regulan las lesiones cometidas en el ámbito de la violencia de género, tipificando un **subtipo agravado atendiendo al sujeto pasivo** del delito, en concreto cuando las lesiones se producen sobre quien sea o haya sido esposa o haya mantenga o haya mantenido una relación análoga de afectividad con el autor.

Conducta típica

El tipo penal que regula las lesiones es el artículo 147 CP, estableciéndose un tipo agravado, regulado en los apartados 4 y 5 del artículo 148 CP para las lesiones cometidas en el ámbito de la violencia de género, cuyos elementos del tipo son:

- La **acción típica** que vendrá constituida por causar una **lesión**, por cualquier medio o procedimiento.
- Ha de causar un **resultado**, que será el **menoscabo de la integridad corporal o su salud física o psíquica**, y que ha de requerir para su curación además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, de tal forma que, si bien exige de manera acumulativa la primera asistencia facultativa junto con el tratamiento médico o quirúrgico, será suficiente uno u otro para su subsunción dentro del tipo penal del apartado 1 y en consecuencia, la apreciación del subtipo agravado del apartado 4 del artículo 148 CP.
- **Relación de causalidad** entre la acción típica y el resultado producido. como el causar una lesión, lesión que ha de requerir para su curación un primera asistencia médica facultativa y tratamiento médico quirúrgico. Las lesiones a las que está referido el subtipo agravado son las contempladas en el apartado 1 del artículo 147 CP, por tanto, estamos hablando de lesiones menos graves.
- El sujeto activo ha de ser **hombre**.

• El sujeto pasivo ha de ser **mujer**, con la previsión añadida en relación con los **sujetos especialmente vulnerables**. Mientras el concepto de mujer no ha generado duda alguna, en relación con el concepto de sujetos especialmente vulnerables, la jurisprudencia es la que ha integrado el mismo, debiendo entenderse por tal cualquier persona de los sujetos pasivos que, por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor, y para su apreciación se tendrán en cuenta una serie de circunstancias:

- Criterio de edad de la víctima, también comprensivo de personas ancianas o de edad avanzada.
- Situación de enfermedad de la víctima.
- Personas privadas de sentido por cualquier causa.
- Personas con cierto trastorno mental.
- Personas en situación de inferioridad en atención a las circunstancias concurrentes.

- Ha de existir una **relación de pareja**, o ha de haber existido.
- La relación conyugal o análoga de afectividad requerida **no exigirá convivencia**.

Por tanto, cuando nos encontramos ante una conducta constitutiva de un delito de lesiones en sentido estricto, éstas se verán encuadradas, como norma general, en el apartado 1 del artículo 147 CP, y a consecuencia, existe la posibilidad, pues no es de apreciación automática, de encuadrar la conducta en el tipo agravado del apartado 4 del artículo 148 CP. La facultad de encuadrar dicha conducta en el tipo agravado se hará atendiendo a dos criterios:

- **El resultado causado.**
- **El riesgo creado.**

Por tanto, no supone por el hecho de ser el sujeto pasivo la esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la imposición automática de dicho tipo agravado. Y de entender no subsumible la conducta en el subtipo agravado atendiendo a los criterios señalados, la conducta, siempre y cuando el resultado sea las lesiones en sentido estricto, será incardinable en el apartado 1 del artículo 147 CP con la **agravante de parentesco genérica** del artículo 23 CP.

Ahora bien, siempre ha de existir la **lesión menos grave**, y de estar ante una lesión leve, de las previstas en el artículo 147.2 CP, no sería posible de ninguna manera acudir al subtipo agravado del artículo 148 CP, pues la remisión expresa del mismo se realiza en relación al artículo 147.1 CP, además de que, en cualquier caso, sería de muy difícil aplicación, pues ante las **lesiones leves o no constitutivas de lesión**, nos encontraríamos ante el **delito de maltrato** del artículo 153 CP.

Atendiendo igualmente a la **entidad de las lesiones producidas**, llama la atención que no se prevé la aplicación de un subtipo agravado de lesiones por violencia de género, con relación a las lesiones agravadas, atendiendo a la entidad de las mismas, de los artículos 149 y 150 CP, y en cuyo caso se resolvería por la vía de la aplicación de las **agravantes genéricas de parentesco** del artículo 23 CP o **de género** del artículo 22.4 CP. La agravante de género contemplada en el artículo 22.4 CP, introducida por la LO 1/2015, ha sido apreciada en diversas ocasiones, su ratio legis está en el mayor dolor infringido a la víctima por el trato recibido por quien ha sido su pareja, evidenciando la superioridad de género, siendo compatible incluso con la agravante de parentesco cuando no exista una relación conyugal o emocional, pero sí un plus añadido por la dominación del hombre hacia la mujer (STSJ Valencia, 72/2018, de 29 de junio, SSTS 420/2018, de 25 de septiembre, 565/2018, de 19 de noviembre). Su previsión no exige que el autor muestre voluntad de dominar o discriminar, sino que basta con que el delito evidencie una relación machista de grave y arraigada desigualdad social (STS 99/2019, de 26 de febrero).

La problemática que surge en relación a la aplicación de las agravantes contempladas en el artículo 148 CP de forma conjunta, pues pudiera suceder que la agresión sea cometida por quien sea o haya sido esposo o compañero sentimental de la víctima con ensañamiento o alevosía, y se cause el resultado previsto en el apartado 1 del artículo 147 CP surgiendo la duda sobre la posibilidad de aplicar todas las agravantes como específicas o, si por el contrario, alguna de ellas se ha de tener en cuenta como genérica, de manera que se aplique la agravante específica del empleo de medios o instrumentos peligrosos, del artículo 148.1 CP junto con la agravante genérica de parentesco del artículo 23 CP o de género del artículo 22.4 CP, optando la **jurisprudencia** por la apreciación de la **agravante específica** prevista en el artículo 148.1 CP, **junto con la aplicación de las agravantes genéricas** de alevosía, del artículo 22.1 CP, ensañamiento, del artículo 22.5 CP o parentesco del artículo 23 CP. Jurisprudencialmente se ha aplicado la agravante de alevosía por la perspectiva de género, como alevosía sorpresiva tendente a asegurar la ejecución (STS 247/2018, de 24 de mayo).

Naturaleza

El tipo penal es un **delito de resultado**, que requerirá la causación de una **lesión efectiva**, lesión que ha de ser de las contempladas en el apartado 1 del artículo 147 CP, por tanto, lesión que necesite para su curación una **primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico**, admitiéndose, por tanto, como delito de resultado las **formas imperfectas de ejecución**.

La conducta podrá ser cometida, tanto por **acción como por omisión**.

Sujeto activo

El sujeto activo del delito ha de ser **hombre**, es un delito especial, lo que se desprende del artículo 1 LO 1/2004, que define la violencia de género como la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito ha de ser **mujer**, ahora bien, se ha introducido un segundo grupo de víctimas, que, si bien no tiene nada que ver con la violencia de género, son incluidas por la LO 1/2004 y que son las **personas especialmente vulnerables** a las que sí se les exige el requisito de **convivencia** con el sujeto activo.

En relación con el **concepto de mujer** la doctrina ha establecido que ha de incluirse la mujer **transexual**, de tal forma que, aunque las parejas homosexuales no están protegidas por la LO 1/2004, las parejas de distinto sexo, formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es varón y la víctima mujer, sí lo están.

Como se ha mencionado, el concepto de **persona especialmente vulnerable**, ha sido integrado por la jurisprudencia, a pesar de que el legislador utiliza dicho concepto en diversos tipos penales, en especial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y establece la ratio legis de tal agravación en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad ya sea por escasa o por elevada o enfermedad) o mixta (situación en la que se encuentre como bajo nivel de inteligencia, determinada incapacidad física, incapacidad de toda defensa de la víctima, diferencia de edad entre agresor y víctima) (SSTS 224/2003, de 11 de febrero, 793/2004, de 14 de julio o 377/2004, de 25 de marzo). Así, la especial

vulnerabilidad se ha apreciado en relación a la **edad o enfermedad** que el sujeto pasivo padezca. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define vulnerable como que puede ser herido o recibir lesión, y la jurisprudencia ha ido construyendo tal concepto.

Si bien es cierto que el legislador en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual parifica ex lege al menor de 16 años, por carecer de madurez suficiente para consentir válidamente y en los delitos contra la integridad física, establece la agravación de la víctima menor de 12 años, no son edades que deban interpretarse como determinantes de la vulnerabilidad del sujeto pasivo, pues habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Por su parte, es la LO 8/15, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, la que incluye dentro de las víctimas de violencia de género a los menores, debiendo los jueces pronunciarse sobre las medidas civiles que puedan afectar a los menores que dependan de la mujer que haya sido víctima de violencia, y establece el concepto jurídico indeterminado de "**interés superior del menor**", hasta la fecha, utilizado jurisprudencialmente, sin definición legal, atendiendo a los criterios de la Observación general núm. 14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, así como la jurisprudencia del TS. Se establece un contenido triple:

- Como derecho sustantivo.
- Como principio general de carácter imperativo.
- Como norma de procedimiento.

Elemento subjetivo del injusto

Se trata de un **delito doloso** que exige por parte del sujeto activo el conocimiento de la concurrencia de los elementos del tipo además de la voluntad de llevar a cabo la conducta de los mismos, sin perjuicio de las discusiones doctrinales ya mencionadas en relación a la **exigencia de la acreditación del ánimo de discriminación, desigualdad y dominación**.

Penalidad

La pena prevista en el artículo 148 CP, aplicable a todas las **agravaciones específicas** prevista, será de **prisión dos a cinco años**, sin embargo, ante el carácter facultativo de su imposición atendiendo al resultado causado o al riesgo producido, hay que hacer referencia a la pena prevista en el apartado 1 del artículo 147 CP, al cual se le aplica dichas agravaciones, y que será la pena **alternativa** de:

- **Prisión de tres meses a tres años.**
- **Multa de seis a doce meses.**

Además, el art. 156 ter CP, introducido por la LO 1/15, de 30 de marzo, prevé la imposición de la medida de **libertad vigilada** ante la comisión de los delitos comprendidos en el título III, "De las lesiones" y siempre que la **víctima sea** una de las comprendidas en el artículo 173.2 CP.

La libertad vigilada, que se regula en el artículo 106 CP, es una **medida de seguridad, restrictiva de la libertad**, que consiste en el sometimiento del condenado a control judicial mediante el cumplimiento de determinadas medidas, y que podrán consistir en:

- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- La prohibición de residir en determinados lugares.
- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.