

LAS INJURIAS COMO DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL

Por

SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES
Profesora Universidad Camilo José Cela. Profesora Universidad Isabel I
Acreditada ANECA como Profesor Titular Universidad Pública

s.sancristobal@telefonica.net

Revista General de Derecho Procesal 60 (2023)

RESUMEN: La injuria como delito de género, lesiona la dignidad y autoestima de la ofendida que es pareja o expareja del agresor, generando un daño emocional. Para condenar a un acusado por este delito, no solo hay que probar los elementos típicos, sino que hay que hacerlo cumpliendo las especialidades penales y procesales que ha establecido el legislador para las distintas modalidades de este delito, lo que motiva el presente estudio, con el fin de valorar su efectividad para prevenir y castigar este tipo de ilícito, evitando una escalada de violencia.

PALABRAS CLAVE: violencia de género psicología, injurias, especialidades procesales.

SUMARIO: I. LA INJURIA COMO DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO. II. DELITOS DE INJURIA: CLASES. III.-NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DISTINTAS CLASES DE INJURIAS: CONSECUENCIAS PROCESALES: 3.1. Naturaleza jurídica de Las distintas clases de injurias: 3.2. Conciliación previa o licencia del juez como requisito de procedibilidad y el perdón como forma de extinción de la responsabilidad penal. 3.3. Iniciación del procedimiento penal. 3.4. legitimación para el ejercicio de la acción: partes procesales. IV. PROCEDIMIENTOS PARA ENJUICIAR LAS DIFERENTES CLASES DE INJURIAS. V. ESPECIALIDADES RESPECTO AL ÓRGANO COMPETENTE. VI.-PRESCRIPCIÓN DE LAS DISTINTAS CLASES DE INJURIAS. VII. PRUEBA:LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA, Y LA DISPENSA LEGAL DEL ARTÍCULO 416 LECr. VIII- MEDIDAS CAUTELARES DE TIPO PERSONAL Y PENAS ACCESORIAS EN LOS DELITOS DE INJURIAS DE GÉNERO IX. LAS AGRAVANTES DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y DE PARENTESCO APLICABLES EN SU CASO A LAS INJURIAS. 9.1.-La agravante de discriminación por razón de género.9.2.-La circunstancia mixta de parentesco. X. LA MEDIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES POR DELITO DE INJURIA. XI. CONCLUSIONES.

INJURIES AS GENDER VIOLENCE CRIMES, FROM A PROCEDURAL PERSPECTIVE

ABSTRACT: Insult as a gender crime, injures the dignity and self-esteem of the offended party who is the aggressor's partner or ex-partner, causing emotional damage. In order to convict a defendant for this offence, not only must the typical elements be proven, but it must also be done in compliance with the criminal and procedural specialities established by the legislator for the different modalities of this offence, which motivates the present study, with the aim of evaluating its effectiveness in preventing and punishing this type of offence, avoiding an escalation of violence.

KEY WORDS: gender violence psychology, injuries, procedural specialties.

SUMMARY: I. INSULT AS A CRIME OF GENDER VIOLENCE: DELIMITATION OF THE OBJECT OF THE WORK. II. CRIMES OF INSULT: TYPES. III. LEGAL NATURE OF THE DIFFERENT KINDS OF INJURIES: PROCEDURAL CONSEQUENCES: 3.1. Legal nature of the different types of insults: 3.2. Prior conciliation or licence from the judge as a requirement for proceeding and pardon as a form of extinction of criminal liability. 3.3. Initiation of criminal proceedings. 3.4. legitimisation for the exercise of the action: procedural parties. IV. PROCEDURES FOR PROSECUTING THE DIFFERENT TYPES OF OFFENCES. V. SPECIALITIES WITH REGARD TO THE COMPETENT BODY. VI.-PRESCRIPTION OF THE DIFFERENT TYPES OF INSULT. VII. EVIDENCE: THE TESTIFICAL DECLARATION OF THE VICTIM AND THE LEGAL PROVISION OF ARTICLE 416 LECr. VIII- PRECAUTIONARY MEASURES OF A PERSONAL NATURE AND ACCESSORY PENALTIES IN CRIMES OF GENDER-BASED INSULTS IX. THE AGGRAVATING FACTORS OF DISCRIMINATION ON GROUNDS OF GENDER AND KINSHIP APPLICABLE TO INSULTS. 9.1.-The aggravating circumstance of discrimination on grounds of gender. 9.2. X. MEDIATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS FOR THE OFFENCE OF INSULT. XI. CONCLUSIONS.

I. LA INJURIA COMO DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

En la legislación Española, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aprobada en 2004 (en adelante LOMPIVG), define la violencia de género como, aquella que se ejerce sobre las mujeres, 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, aún sin convivencia, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (art. 1 LOMPIVG)¹. Por tanto, en España no toda violencia sobre el sexo femenino es violencia de género, existiendo un concepto mucho más limitado que el que sostiene Naciones Unidas²

La vulneración de la integridad personal de las mujeres por violencia de género³, se produce tanto por actos de violencia física, como psicológica⁴.

La violencia de género psicológica⁵, desde la perspectiva más restringida del derecho penal, tiene lugar cuando el agresor tiene intención de causar daños a nivel psicológico y

¹ Son también víctimas de violencia de género los hijos menores de edad de las mujeres que sufren este tipo de violencia.

² Naciones Unidas entiende como violencia contra la mujer "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".

³ La denominación de delitos de violencia de género, no está prevista en el Código Penal al tipificar las acciones constitutivas de los delitos del artículo 87 ter LOPJ, existiendo entre agresor y víctima una relación de afectividad presente o pasada, incluso sin convivencia, tanto si la agresión es física como psicológica, y tampoco el citado Código se remite a la LOMPIVG.

⁴ Artículo 1.3 LOMPIVG.

emocional a la víctima, con la que tiene o ha tenido una relación matrimonial o afectiva análoga, aun sin convivencia. Por tanto, tiene una finalidad concreta, que es vulnerar la dignidad, y la autoestima de mujer, generando un daño emocional. Entre los delitos que lesionan esos bienes jurídicos está la injuria, que es un delito contra el honor. La acción típica se produce con la emisión de expresiones u opiniones con el fin de desacreditar la honorabilidad de la mujer. Este ilícito cuando es de género, es competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter 1,a) LOPJ).

Por tanto, este tipo de violencia psicológica, no deja secuelas físicas, pero genera daños emocionales. Por ello debe ser castigada a través del proceso penal correspondiente, para evitar su reiteración, y una escalada de violencia que termine en daños físicos, además de psicológicos.

Los denominados delitos de violencia de género, competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter LOPJ, y 14.2 LECr), están tipificados en el Código Penal en distintos títulos, con diferente tratamiento. Así, hay delitos que constituyen delitos especiales, porque el legislador, al describir los elementos del tipo refleja una vinculación afectiva entre agresor y víctima, normalmente con la expresión «si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia», o mediante la remisión al artículo 173.2 del Código, que incluye esa relación entre los sujetos activo y pasivo del delito. En otros casos, constituye un subtipo agravado si se da esa relación de afectividad, respecto al tipo básico. Por último, hay otros delitos, que no tienen especialidad, salvo la aplicación en su caso, de la agravante de género (art. 22,4 CP) y la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP)⁶. Pero, además, hay que tener en cuenta que a veces la relación de afectividad entre el sujeto activo y pasivo también puede atenuar la responsabilidad⁷, e incluso puede excluir la responsabilidad penal⁸.

⁵ En este sentido, Perela Larrosa M (2010). “Violencia de género: violencia psicológica” *Foro, Nueva época*, núm. 11-12/2010, p. 359, recoge una definición del El Ministerio del Interior, que considera como violencia psicológica «cualquier acto o conducta intencionada que produce desvalorización, sufrimiento o agresión psicológica a la mujer (injurias (insultos), vejaciones, crueldad mental...)»

6. Estas agravantes genéricas son:

1. La circunstancia agravante de parentesco, recogida en el artículo 23 del Código, por existir esa relación de afectividad entre agresor y víctima.

2. La circunstancia agravante de discriminación, prevista en el artículo 22.4 del Código, por razones de género. Esta agravante es compatible con la de parentesco, por el mayor reproche a los valores de igualdad y respeto interpersonal.

⁷ Como indica Jiménez Segado, C (2021) *Delitos de Género y de Violencia Familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*, 1º ed. BOE, p. 30, La relación de afectividad entre agresor y víctima también puede funcionar como *atenuante* de la responsabilidad, por ejemplo, en el delito de cohecho (art. 425), en el delito de quebrantamiento de condena en la modalidad de favorecimiento

En este trabajo nos vamos a centrar únicamente en la violencia de género psicológica, tipificada en el delito de injuria, porque es una de las primeras manifestaciones de los delitos de violencia psicológica, no solo como delito especial (artículo 173.4 CP), en el que el legislador al describir los elementos del tipo exige que entre el agresor y la víctima exista o haya existido una relación de afectividad, lo que fundamenta la existencia del delito (especial propio), en este caso al hacer una remisión al apartado 2 del 173 CP⁹, sino también, en los delitos de injuria grave con o sin publicidad del artículo 209 CP, que constituyen delitos sin especialidad, pero cuando son de género, es aplicable la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP), y en su caso, la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, prevista (art. 22.4 CP).

El delito de injurias es la “acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208 CP), por ello a través de las modalidades del delito de injurias, cuando es de género, el agresor lesiona la dignidad de la ofendida, causando daños a nivel psicológico y emocional, pero sin consecuencias, ni manifestaciones físicas. Constituye uno de los primeros delitos psicológicos que comete el agresor contra la víctima.

Para condenar a un acusado por delito de injuria, no solo hay que probar los elementos típicos de cada delito, sino que hay que hacerlo cumpliendo las especialidades penales y procesales que ha establecido el legislador para las distintas modalidades de este delito, lo que motiva el presente estudio, para valorar la efectividad de estas especialidades para prevenir y castigar este tipo de ilícito, evitando una escalada de violencia.

2. DELITOS DE INJURIA: CLASES

Las injurias constituyen delitos contra el honor, en cualquiera de sus tres variantes. Además, el honor es un derecho fundamental que aparece recogido en el artículo 18.1 de la Constitución¹⁰.

de la evasión de presos (art. 470.3), o en delitos contra bienes de naturaleza no personal mediante la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco en función de atenuante (art. 23).

⁸ Como indica Jiménez Segado C.(2021), *Delitos de Género y de Violencia Familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*, ob. cit. p. 30. La relación de afectividad entre agresor y víctima también puede ser una causa de constituir una *excusa absolutoria*, excluyente de la responsabilidad penal en los delitos patrimoniales no violentos (art. 268) y en el delito de encubrimiento (art. 454).

⁹ Siguiendo la clasificación realizada por Jiménez Segado, C (2021) *Delitos de Género y de Violencia Familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*, ob. cit. p. 31.

¹⁰ Ver sobre el tema, Carmona Salgado, C. (2012), *Calumnias, Injurias, y otros atentados al honor perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 1ª ed.

El Código Penal tipifica tres tipos de delito de injurias: un delito especial de injurias de género en el artículo 173,4 CP, y dos delitos de injurias graves (con y sin publicidad art. 209 CP)¹¹, sin especialidad, donde el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, aunque nos vamos a referir en este trabajo únicamente a los supuestos en los que estos delitos son de género, y por tanto, el agresor siempre es pareja actual o pasada de la ofendida.

El delito especial de injurias de género (y en el ámbito familiar), está tipificado en el artículo 173.4CP, junto con el de vejación leve. En este delito se castiga tanto la injuria como la vejación injusta de carácter leve, cuando la ofendida fuera 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. La pena es la misma, pero el delito de injuria es un delito semipúblico y requiere denuncia (o querrela) previa de la ofendida, para su persecución, mientras que la vejación injusta es delito público, que permite su incoación de oficio.

No siempre es fácil diferenciar la injuria leve y la vejación leve, y así lo manifiesta la jurisprudencia en distintas resoluciones¹², en las que concluyen que la diferencia la ofrece el significado semántico del término vejación como “ humillar o maltratar moralmente a alguien” , por lo que el delito leve de vejación injusta puede considerarse actualmente el correlato venial del delito contra la integridad moral del artículo 173,1 CP, es decir, una conducta atentatoria, aunque de menor gravedad relativa, contra la autoestima, la dignidad personal o la integridad moral del sujeto pasivo.

Respecto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia,¹³ con carácter general, señala que la vejación es una infracción pluriofensiva, contra la libertad, y contra el honor, en su vertiente de dignidad personal o afectación a su integridad moral o autoestima,¹⁴ aspecto éste en el que se equipara al delito de injurias, pero para el que no se exige como elemento subjetivo del tipo, *animus iniurandi* o ánimo de ofender, propio de aquella,

¹¹ Sobre la los antecedentes históricos de estos delitos y su regulación actual ver: Pablo Serrano A (2017), *Honor, injurias y calumnias . Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch.

¹² Roj: SAP M 8475/2022 - ECLI:ES: APM: 2022:8475 Id Cendoj: 28079370272022100368 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 27 Fecha: 06/07/2022

¹³ Ver sobre la distinción entre injuria y vejación Roj: SAP M 16226/2022 - ECLI:ES: APM: 2022:16226 Id Cendoj: 28079370272022100621 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 27 Fecha: 10/11/2022

¹⁴ Así, en la sentencia Roj: SAP M 16226/2022 - ECLI:ES: 2022:16226 Id Cendoj: 28079370272022100621 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 27 Fecha: 10/11/2022.

En la sentencia, Roj: SAP GU 644/2022 - ECLI:ES: APGU:2022:644 Id Cendoj: 19130370012022100642 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Guadalajara Sección: 1 Fecha: 27/10/2022: le dijo "guarra, que te laves los piojos" al tiempo que desde la ventana le lanzaba un cubo de agua.

dándose la vejación cuando la intención del agresor sea otra, como por ejemplo ridiculizar, zaherir o molestar a la víctima.

Atendiendo a la definición de la Real Academia de la Lengua a la acción de vejar, el delito leve de vejaciones injustas, castiga las conductas consistentes en maltratar, molestar, perseguir a otro perjudicándole o hacerle padecer, siempre que tengan un carácter leve.

Dada la dificultad, en la mayoría de los casos, de diferenciar ambos delitos, se suele incoar un juicio leve, y en el acto del juicio, se delimita si la infracción penal cometida es de injuria o vejación. Ahora bien, el delito de vejación es público, y se puede perseguir por el Ministerio Fiscal, en cambio, el de injurias es semipúblico y requiere denuncia (o querrela) previa de la ofendida, dando lugar a la terminación del procedimiento si falta este requisito de procedibilidad.

Actualmente, este tipo de injurias leves de género y en el ámbito familiar, son las únicas de tipo leve, constitutivas de delito, el resto están despenalizadas.¹⁵ Para este tipo de injurias no puede invocarse, el principio de intervención mínima del derecho penal, pues es el legislador el que, precisamente, ha querido tipificar estas conductas cometidas en el ámbito de la Violencia de Género. Fuera de este ámbito, la víctima deberá acudir, en su caso, a la vía civil para obtener una reparación en el derecho al honor supuestamente vulnerado, o a la conciliación.

Los delitos de injurias sin especialidad son: Las injurias graves con publicidad, y las injurias graves sin publicidad (artículo 208 CP), estos dos ilícitos, solo constituirán violencia de género cuando el sujeto pasivo del delito sea o haya sido cónyuge del agresor, o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. A estos delitos se les puede aplicar la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP), y en su caso, la circunstancia agravante de discriminación de género, prevista (art. 22.4 CP).

La determinación de la gravedad de la injuria, según el párrafo 2º del art. 208 la debe realizar el juez en cada caso concreto, atendiendo en cada momento al concepto público que se tenga sobre su naturaleza, efectos y circunstancias. El legislador no ha ofrecido una definición legal de la misma, debido al relativismo y la enorme circunstancialidad que caracteriza esta infracción¹⁶. Por tanto, la consideración de una injuria como “grave”, depende de la valoración del juez atendiendo a los anteriores criterios, caso por caso.

¹⁵ Solo constituyen delito de injuria leve si el sujeto pasivo es alguna persona del art. 173.2 CP, el resto de las injurias leves, no son punibles, aunque se pueden perseguir por vía civil, o por conciliación.

¹⁶ En este sentido, Roj: AAP J 211/2022 - ECLI:ES:APJ:2022:211A Id Cendoj: 23050370022022200143 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Jaén Sección: 2 Fecha: 19/10/2022

Los tres tipos de injurias, constituyen delitos de mera actividad, no necesitan generar ningún resultado, quedando consumados por la mera comisión de la conducta típica, por lo que no son posibles formas imperfectas de ejecución.

Todas las injurias anteriormente mencionadas requieren para que sean punibles como delito de violencia de género tres requisitos:

En primer lugar, es necesaria una relación de pareja presente o pasada. Por tanto, el sujeto activo del delito siempre será un hombre, siendo el sujeto pasivo la mujer, exmujer, o pareja sentimental, aún sin convivencia del agresor. Al respecto, hay que tener en cuenta que si la víctima tiene "discordancia de género", es decir, no se identifica con su sexo de nacimiento, la Circular FGE 6/2011, considera a estas mujeres transexuales, tanto nacionales como extranjeras, víctimas de violencia de género, si acreditan pericialmente su identificación permanente con el sexo femenino, por informes médico-forenses e informes psicológicos, a pesar de no haber acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo.

En segundo lugar, ha de concurrir un elemento objetivo: la existencia de expresiones que tengan la suficiente carga ofensiva para lesionar la dignidad de una persona, menoscabando su fama y atentando contra su propia estimación. Como ha señalado el Tribunal Supremo (ST 465/95, de 28 de marzo), "determinados vocablos o expresiones, por su propio sentido gramatical, son tan claramente insultantes o hirientes, que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto con la simple manifestación"¹⁷.

En el caso de las injurias del 173,4 CP, las expresiones tendrán una carga ofensiva leve, en los otros dos delitos, será grave. Por otro lado, si la intensidad de la ofensa es grave, dependiendo del medio utilizado para su comisión, será sin publicidad, o con publicidad, si en este segundo caso se han divulgado a través de los medios de comunicación pública o de masas, como por ejemplo a través del periódico, redes sociales, radio, televisión, una página web, etc. La valoración sobre la gravedad o levedad de la injuria la determinará el juez caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

En tercer lugar, ha de concurrir un elemento subjetivo, siendo necesario un *animus iniurandi*, como dolo específico de esta infracción penal, que implica la

¹⁷ Así, por ejemplo, se consideran injurias leves de género, expresiones como "come mierda, hija de puta, basura", que menoscaban la dignidad de la víctima y la estimación que pueda tener hacia sí misma. Roj: SAP M 18709/2022 - ECLI:ES:APM:2022:18709 Id Cendoj: 28079370262022100751 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 26 Fecha: 15/12/2022.

intención de causar un ataque a la dignidad ajena¹⁸. Por tanto, la injuria es un delito doloso. La acción típica ha de responder al propósito específico de deshonrar, menospreciar y desacreditar, o en última instancia, la de perjudicar la reputación de la ofendida, lo que configura esta infracción como esencialmente circunstancial, en atención a las circunstancias concurrentes, de forma que no solo para graduar su mayor o menor gravedad, sino también para determinar su propia existencia, es necesario examinar junto al alcance y significación de las palabras, las circunstancias que concurrieron en el acto y en las personas, para poder inducir de ellas no sólo el propósito de deshonrar del sujeto activo, sino también la posibilidad de producir la deshonra en el sujeto pasivo.

La jurisprudencia¹⁹, llega a afirmar que el criterio legal para la valoración de este tipo penal debe remitirse al elemento sociológico, de modo que el Juzgador ha de tener en cuenta, para determinar si se ha producido o no este delito, no sólo el contenido literal o semántico de la acción o expresión, sino también en qué contexto se producen tales expresiones orales o por escrito, es decir, el momento, ocasión o circunstancia temporal, espacial y personal en que son proferidas, y qué repercusión han tenido en el bien jurídico protegido, que es el honor de las personas.

El objeto de protección, es la dignidad entendida como el conjunto de valores ético-sociales que identifican a una persona y que le hacen merecedora de respeto y consideración en la sociedad con independencia de su clase social, profesión, religión, raza o sexo. De tal modo, sólo aquellas expresiones que, atendiendo a su naturaleza, efectos y circunstancias, de manera relevante, menoscaben dicha pretensión de respeto, pueden ser consideradas como injuriosas.

Ahora bien, la jurisprudencia ha venido admitiendo que el *animus iniurandi* constituye una presunción *iuris tantum*, es decir, quien emplea frases que objetivamente revisten trascendencia difamatoria o vejatoria, es a quien corresponde demostrar y acreditar que le movía otro ánimo distinto al de injuriar, contrarrestando o anulando aquél, como por ejemplo el “*animus criticandi, narrandi, informandi*²⁰, *defendendi, retorquendi*, como

¹⁸ En este sentido, Roj: SAP CC 463/2022, - ECLI:ES:APCC:2022:463; Id Cendoj: 10037370022022100114. Fecha: 20/06/2022

¹⁹ En este sentido, Roj: SAP B 9604/2022 - ECLI:ES:APB:2022:9604 Id Cendoj: 080193702022100151 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Barcelona Sección: 20 Fecha: 22/07/2022. También, Roj: SAP CC 463/2022 - ECLI:ES:APCC:2022:463 Id Cendoj: 10037370022022100114 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Cáceres Sección: 2 Fecha: 20/06/2022

²⁰ Las conductas supuestamente atentatorias contra el honor que hayan sido realizadas en el ejercicio de las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta.

submodalidad de la legítima defensa, *jocandi*, etc”²¹. Como toda cuestión de límites, la determinación de hasta dónde llega el lícito ejercicio del derecho a la crítica, a informar, a defenderse, y cuando se incide en lo punible, no siempre es sencillo, ni se pueden establecer reglas apriorísticas, sino que hay que tener en cuenta los datos y las circunstancias coexistentes, dado el relativismo del delito de injurias.

Respecto al denominado “*animus retorquendi*”, la Jurisprudencia²² mantiene el rechazo del “*ius retorquendi*” como causa de justificación, pues, ni podría quedar encuadrado dentro de la legítima defensa, dado que la retorsión no se efectúa con la finalidad de defenderse contra un atentado contra el honor, sino que se efectúa con la intención de lesionar el derecho al honor del contrario, ni tampoco podría encuadrarse en el ejercicio legítimo de un derecho, pues el ordenamiento jurídico en ningún momento establece un derecho a insultar, cuando previamente ha sido insultado, pues si esto se produce, el cauce legal adecuado, es el ejercicio de las acciones civiles o penales contra el causante de la lesión contra el honor”.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DISTINTAS CLASES DE INJURIAS: CONSECUENCIAS PROCESALES

No es sistemática la regulación de los denominados “delitos de violencia de género”, competencia del juzgado de violencia sobre la mujer (art. 87 ter LOPJ), que están esparcidos por distintos títulos del Código Penal, lo que tiene consecuencias penales y procesales relevantes.

Esta dispersión legislativa, se observa en los delitos de injurias graves, con y sin publicidad, cuando son de género (artículo 209 CP), regulados en el título XI: relativo a delitos contra el honor, que carecen de especialidad), y la injuria leve del artículo 173.4 CP (Regulado en el Título VII relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral). A su vez, dentro de las injurias tipificadas en el 209 CP, si la injuria es grave, pero sin publicidad, constituye conforme al artículo 33.4 CP un delito leve privado. Ahora bien, si la injuria es grave y con publicidad es un delito menos grave privado (art. 215 CP).

3.1. Naturaleza jurídica de las distintas clases de injurias

²¹ En este sentido, Roj: SAP M 12155/2022 - ECLI:ES:APM:2022:12155 Id Cendoj: 28079370262022100418 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 26 Fecha: 08/09/2022; También, Roj: SAP BA 1207/2022 - ECLI:ES:APBA:2022:1207 Id Cendoj: 06015370012022100178 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Badajoz Sección: 1 Fecha: 27/09/2022

²² En este sentido, entre otras, Roj: SAP PO 2304/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:2304 Id Cendoj: 36038370042022100240 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Pontevedra Sección: 4 Fecha: 13/10/2022

De lo anterior se deduce que las injurias graves con y sin publicidad son delitos privados, que se sustancian por distintos procedimientos. La característica fundamental del proceso penal en estos delitos es que rige el principio dispositivo, propio del proceso civil. Los delitos privados no afectan a bienes jurídicos generales, sino particulares del ofendido por el delito. Por ello, el interés es privado no solo para el inicio del proceso, sino también para la continuación del mismo, al poder renunciar a la acción y utilizar el perdón como forma de extinción de la responsabilidad penal. En consonancia con el citado principio, el Tribunal no puede plantear la “tesis” del artículo 733 LECr

La injuria leve de género del artículo 173,4 CP, constituye un delito semipúblico. En los delitos con este tipo de naturaleza jurídica, el inicio del proceso queda en manos de la persona ofendida por el delito que debe presentar denuncia o querrela para su persecución, pero a partir de este momento, el proceso penal, cuando el delito es menos grave, se rige por el principio de oficialidad, pero si el delito es leve, dependiendo del interés público en la persecución del hecho delictivo, regirá el citado principio o no. En el caso del delito de injuria leve de género del artículo 173,4 CP, rige el principio de oportunidad. Es decir, no solo depende de la víctima el inicio del proceso sino también el mantenimiento de la acusación, por falta de interés público en su persecución. Además, se puede utilizar el perdón como forma de extinción de la responsabilidad penal.

No parece muy coherente que siendo menos atentatoria contra el honor la injuria leve de género, que las injurias graves sin publicidad, o con publicidad, cuando son de género, éstas tengan naturaleza privada y aquella semipública. Probablemente obedezca a la dispersión de la regulación de estos delitos competencia del juzgado de violencia sobre la mujer.

Por otro lado, la naturaleza privada o semiprivada sin interés público en la persecución del hecho, choca con la Exposición de Motivos, apartado I LOMPIVG, que indica textualmente que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, y al final del citado apartado indica “Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”. Por este motivo, entendemos que cuando la injuria es un delito de género, debe ser un delito público.

La regulación de las injurias en distintos Títulos del Código Penal, tiene repercusiones en cuanto a la naturaleza jurídica del delito, que genera especialidades procesales respecto a la iniciación del procedimiento, la legitimación para el ejercicio de la acción penal y civil, la conciliación previa, la aplicación de la atenuante de arrepentimiento del 214 CP.

3.2. Conciliación previa o licencia del juez como requisito de procedibilidad y el perdón como forma de extinción de la responsabilidad penal

Cuando se trata de una injuria grave sin publicidad, constitutiva de delito leve, o una injuria grave con publicidad, que constituye delito menos grave, aparte de la querrela como único mecanismo de inicio del proceso penal, se exige como requisito de procedibilidad el acto de conciliación celebrado sin avenencia o intentado sin efecto (arts. 278 y 804 LECr), y si hubieran sido producidas en juicio, habrá que aportar la licencia o autorización del juez o Tribunal ante el que se hubieren vertido²³ (arts. 279 y 805 LECr y art. 215.2 CP)²⁴.

Este requisito de procedibilidad vulnera lo indicado en el artículo 48 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, por haber sido ratificado en ese lugar por España, y en vigor en nuestro país desde el 1 de agosto de 2014, cuyo apartado primero indica expresamente que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio”. Es decir, el Convenio de Estambul en su artículo 48 contiene una prohibición de la mediación o Conciliación obligatoria, no prohíbe estos sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, salvo que tengan carácter obligatorio, como ocurre con los delitos privados, en los que la Conciliación es requisito de procedibilidad para presentar la querrela.

Por otro lado, La LOMPIVG, en su artículo 44 modificó el art. 87 ter, 5, que prohíbe la mediación para los delitos de género competencia del juzgado de violencia sobre la mujer. La prohibición de la mediación, para delitos de género, fue introducida por una enmienda del Grupo Parlamentario CiU”. En la tramitación de la ley, el mencionado grupo especificó que “la enmienda hace referencia a la necesidad de que en todos los casos en que haya violencia de género quede vedada explícitamente la mediación. Es

²³ Como se indica en la STC 100/1987,13 de junio, la licencia del juez “es una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva razonable que opera como garantía del ejercicio efectivo de ese mismo derecho fundamental por parte de terceros. Desde este ángulo, la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no puedan resultar constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuará así como una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción”, citada por Tomé García J. A (2022) *Curso de Derecho Procesal Civil*, ob. cit. p. 676.

²⁴ Podrán, sin embargo, practicarse sin este requisito las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente, suspendiendo después el curso de los autos hasta que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior (art. 278 LECr.)

evidente que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal como se sostiene en todos los foros especializados. A pesar de ello, aún existen situaciones en las que se reconduce a la mediación, aunque haya violencia, por lo que mantenemos la necesidad de que quede expresamente vedada la misma”. Al no producirse ningún debate en la tramitación parlamentaria, finalmente se plasmó en el texto definitivo en el apartado 5 del art. 87 ter LOPJ.

En esta misma línea, el Manual de legislación de la ONU sobre la violencia contra la mujer (Nueva York, 2012)²⁵, también recomienda prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer. En el comentario a esta recomendación se indica que la aplicación a este tipo de delitos de la mediación (y de cualquier otro sistema autocompositivo), genera varios problemas: “se retiran asuntos del control judicial, se presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja una presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia, y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito”.

En el Pacto de Estado contra la violencia género, para hacer efectivo el Convenio de Estambul en el ordenamiento español, aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017, se prevé “reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género” (número 116). Por tanto, se refuerza la prohibición de la mediación, en consonancia con la LOMPIVG y el art. 87 ter, 5 LOPJ, pero no prohíben otros sistemas autocompositivos como la conciliación, incluso cuando sean obligatorios, como en los delitos de injuria privados.

Por tanto, el motivo de la prohibición expresa de la mediación es evitar situaciones de desigualdad entre las partes. Porque alguien que considera desigual a su pareja y por eso la agrede, no la va reconocer la igualdad en una mediación o conciliación.

Aunque la LOPJ y la LOMPIVG, solo prohíben la mediación, una interpretación coherente con el espíritu de las citadas leyes, debe prohibir expresamente cualquier otro sistema autocompositivo, por falta de igualdad entre las partes, que permita llegar a acuerdos válidos. Además, vulnera el artículo 48 del Convenio de Estambul en este caso concreto, al constituir la Conciliación un requisito de procedibilidad para presentar la querrela. Es decir, por ser obligatoria la Conciliación para poder iniciar el proceso judicial penal.

Actualmente la conciliación civil y penal es un acto de jurisdicción voluntaria regulada en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015 de 2 de julio) en los artículos 139 a

²⁵ Disponible en https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/igualdad-de-oportunidades/onumannuallegislation_tcm30-428123.pdf

148. Se debe interponer una conciliación ante el Juzgado de Paz o ante el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del requerido.

La conciliación previa no existe como requisito procesal para presentar la denuncia o querrela en el delito de injurias leves del artículo 173,4 CP, al ser delito semipúblico.

Otra especialidad de los delitos privados, y de los leves (art. 130.1.5 CP), es que cabe el perdón, que extingue la acción penal, y que habrá de ser otorgado de forma expresa por la ofendida ante el juez competente para dictar sentencia, antes de dictarla.

El perdón dependiendo del procedimiento y del momento en que se otorgue, puede producir un auto de sobreseimiento libre (si la injuria es grave y con publicidad y se hace en fase de instrucción), o una sentencia absolutoria (si la injuria grave sin publicidad y se realiza en el juicio, o si es grave y con publicidad y se realiza en el juicio). Como excepción, si la ofendida por la injuria fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal (130.1.5, párrafo segundo CP).

Hay que indicar que el perdón es una institución que puede ser conveniente cuando hay igualdad entre las partes, y suele ser consecuencia de pactos o negociaciones entre ellas. Si la situación es de desigualdad, tampoco debería permitirse el perdón que podría llevar a situaciones indeseables para la víctima por la presión del agresor.

Cuando la injuria es de género, debería ser un delito público, con intervención siempre del Ministerio Fiscal y sin perdón.

3.3. Iniciación del procedimiento penal

La injuria grave con o sin publicidad, requiere siempre querrela de parte agraviada (215 CP), por constituir delitos privados (art. 215.1 CP). Formalmente la presentación de querrela, requiere Letrado y Procurador autorizado por poder bastante, que expresará con claridad los datos personales de los implicados, la relación circunstanciada de hechos, las diligencias que el querellante entiende que han de practicarse y la petición de admisión (Artículo 277). Como hemos indicado anteriormente hay que aportar junto a la querrela el justificante de haber realizado el acto de conciliación celebrado sin avenencia o intentado sin efecto (arts. 278 y 804 LECr), y la licencia o autorización del juez o Tribunal ante el que se hubieren vertido, si hubieran sido producidas en juicio (arts. 279 y 805 LECr y art. 215.2 CP).

En cambio, si la injuria es leve de género (art. 173,4 CP), el delito es semipúblico y para la iniciación del procedimiento se puede presentar querrela o una simple denuncia de la ofendida por el delito, que no requiere abogado ni procurador. En este caso no sería requisito de procedibilidad la conciliación previa, pero cabe perdón en todos los delitos leves sin distinción (art. 130.1.5 CP).

3.4. legitimación para el ejercicio de la acción: partes procesales

En los delitos privados de injuria (los del artículo 209 CP), el ejercicio de la acción penal y civil, corresponde en exclusiva a la ofendida por la injuria, o su representante legal, que la ejercitará como acusador privado. En este tipo de delitos no interviene nunca el Ministerio Fiscal (salvo como representante legal art.201,1 CP), ni la acusación popular, ni el actor civil (porque es imprescindible que la perjudicada ejercite siempre la acción penal para perseguir el hecho). Tampoco se pueden iniciar de oficio.

Por tanto, solo existe una legitimación ordinaria propia, que corresponde en exclusiva a la ofendida por el delito, tanto para la acción penal, como la acción civil derivada del delito, por daños patrimoniales y morales causados, si se han solicitado y justificado.²⁶ Esta personación requiere necesariamente de abogado y procurador, al iniciarse el juicio por querrela.

Por el principio de oportunidad que rige en estos delitos, la acción penal se extingue por la renuncia de la persona ofendida (art.106 LECr), de manera que no solo puede iniciar el proceso, sino también ponerlo fin cuando quiera.

Hay dos especialidades respecto a la acción civil derivada del delito de injurias graves con publicidad. La primera comprende como parte de la reparación del daño la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos en el tiempo y forma que el juez considere más adecuado a tal fin, oídas las dos partes (216 CP). Otra especialidad es que en estos delitos será responsable civil solidaria la persona física o jurídica, propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la injuria (art. 212 CP). Además, si el responsable del medio de publicación hubiera recibido o le hubieran prometido recibir recompensa por la acción podría ser inhabilitado para cargo público o profesión, por un período de tiempo determinado de 6 meses a 2 años (art. 213 CP).

En cambio, el delito de injurias leves de género del 173,4 CP, es un delito semipúblico, que permite dos tipos de legitimación para el ejercicio de la acción penal y civil. La legitimación ordinaria que tiene la víctima del delito o su representante legal,

²⁶ Por tanto si no se justifican, no habrá condena al pago de daños morales, en este sentido ver: Roj: SAP M 14835/2022 - ECLI:ES:APM:2022:14835 Id Cendoj: 28079370272022100575 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 27 Fecha: 19/10/2022 La Juzgadora justificó tal decisión por no constar nada en cuanto a que los hechos hubieran afectado al desarrollo de la vida normal de la denunciante, lo que permitiría concluir que el daño moral ocasionado hubo de ser de una entidad mínima ,y, en consecuencia, cabía entenderlo suficientemente reparado con el hecho de ver condenado penalmente al autor por su comportamiento. No se aprecian razones para modificar la decisión adoptada en la sentencia, atendiendo para ello por un lado al carácter leve de los hechos objeto de condena, y por otro a las propias manifestaciones de la recurrente en el plenario que se limitó a responder afirmativamente a la pregunta de su letrado acerca de si reclamaba por los daños morales sufridos, sin efectuar ninguna especificación posterior o aclaración dirigida a justificar su existencia o el elevado importe indemnizatorio reclamado.

como acusador particular, y la legitimación extraordinaria por representación²⁷, a cargo de asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que tengan autorización de la ofendida (art.109 bis LECr.), una vez que ésta ha denunciado el hecho, y que actuará igualmente como acusador particular por medio de querrela, pero sin prestar fianza²⁸. No obstante, es difícil que se persone una asociación para delitos leves semipúblicos, en los que no existe interés público en su persecución.

En los delitos leves, la personación de la ofendida como acusación particular, no requiere abogado y procurador, las partes podrán comparecer por sí mismas, salvo que el delito leve esté castigado con pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos 6 meses (art. 967.1, segundo párrafo LECr), lo que no ocurre en este caso. Por tanto, no es preceptivo abogado y procurador para personarse como acusación particular.

Hay que tener en cuenta, lo indicado en el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que admite la personación de la víctima en cualquier momento del proceso, sin preclusión alguna por trámite procesal, por tanto, se podría personar también con ocasión de los recursos antes de la firmeza de la sentencia y en la fase de ejecución, si la acción penal la ejercita una asociación, en el caso de injurias leves de género del 173,4 CP.

Una especialidad de este tipo de delito semipúblico leve es la falta de interés público en su persecución, por lo que no va a intervenir tras la presentación de denuncia o querrela, el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de la acción penal y en su caso civil, salvo que la víctima sea persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, (art. 201.2 CP), conforme a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, tras la supresión de las faltas y su conversión a delito leve²⁹. Sin embargo, esta normativa de la Fiscalía, parece contradecir, lo dispuesto en el epígrafe III de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, que señaló expresamente que “los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o

²⁷ Ver en este sentido, Tomé García J.A., (2022) *Curso de Derecho Procesal Penal*, Dykinson, 3º ed., p. 113-114. También, Banacloche Palao J. (2021) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, La Ley, 5ª ed. p. 96.

²⁸ Ver al respecto, Tinoco Pastrana A. (2015) “La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 115, I, Época II, mayo 2015, pp. 292. También Tomé García J.A (2022) *Curso de Derecho Procesal Penal*, ob. cit. pp. 113-114

²⁹ Así resulta de los sub-apartados E y F del apartado 6.1 (“Sobre la asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos”) del numeral 6 (“Instrucciones”).

faltas (hoy delitos leves) cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

Por otro lado, al no intervenir el Ministerio Fiscal como acusador público, la acusación se entiende formulada con la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos de la denuncia (art. 969.2 in fine LECrim). Por esta razón, la víctima no se puede constituir únicamente en actor civil, debe ejercitar siempre la acción penal sola o junto con la acción civil, como acusador particular (arts. 109 a 110 y 776 LECrim, 11 y 13 EV y 4, 22.3 y 25 LORPM).

Además, hay que tener en cuenta en todos los delitos leves perseguibles a instancia de la persona agraviada, que es posible el perdón (art. 130,5 CP).

En cambio, el delito de vejación injusta del artículo 173.4 CP, regulado junto con el de injuria, cuando es de género, es delito público, perseguible de oficio, con intervención siempre del ministerio fiscal. La diferencia es importante, y no se comprende la distinta naturaleza jurídica de estos delitos cuando los dos protegen el mismo bien jurídico. La distinción es trascendente porque no hace falta que la ofendida denuncie el hecho, al intervenir siempre el Ministerio Fiscal, y posibilitar una sentencia de condena por parte del juez, aunque la víctima no haya denunciado, ni se haya constituido en parte. Además, no cabe perdón de la ofendida.

Cuando la injuria es de género debería ser un delito público, tanto en su modalidad leve, como grave, con o sin publicidad, para facilitar su persecución y castigo.

De los tres tipos de injurias, solo las injurias graves con publicidad, son delitos menos graves, los otros dos tipos de injurias son delitos leves. Las sentencias de condena por delitos leves, no computan a efectos de reincidencia (art. 22,8 CP).

Por tanto, si el agresor injuria a la misma víctima, solo se podrá castigar esta pluralidad de delitos, si se pueden subsumir en un delito de maltrato habitual (art.173.2 CP). Ahora bien, si el agresor cambia de pareja sentimental y vuelve a proferir injurias leves no tiene penalización. Sería conveniente que cuando el delito leve, sea de género, se aplique la agravante de reincidencia.

No obstante, los delitos leves de injuria, implican antecedentes penales hasta seis meses después de la extinción de la pena (art. 136.1 a) CP. En el caso de las injurias graves con publicidad, el plazo es de tres años (art. 136.1,c) CP.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA ENJUICIAR LAS DIFERENTES CLASES DE INJURIAS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal al regular las especialidades del proceso penal para los delitos de injurias y calumnias se refiere a “sumario” y “procesado”, lo que parece dar a entender que se tramitan por los cauces del juicio ordinario por delitos graves, sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido considerando, que lo determinante

para la elección del procedimiento son las penas señalada por el Código Penal a los distintos tipos de injurias, y aplicar las reglas generales³⁰.

El delito especial de injurias de género está tipificado en el artículo 173.4 CP, y tiene una pena de “localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84 CP”. Por tanto, es un delito leve, que se sustanciará por el juicio de delitos leves (art. 962 ss. LECrim).

El delito de injurias graves sin publicidad tiene una pena de tres a siete meses de multa. Por tanto, es un delito menos grave degradado a leve (art. 13.4 CP), que se tramitará igualmente por el juicio de delitos leves (art. 962 ss. LECrim)³¹. El juicio por delito leve, en estas dos clases de delito de injuria, habrá de tramitarse conforme a la modalidad de enjuiciamiento inmediato en servicio de guardia por convocatoria policial a través de la Agenda Programada de Citaciones (art. 962 y 963LECr.), si se dan los requisitos para ello, o por la modalidad de enjuiciamiento fuera del servicio de guardia mediante señalamiento judicial en el plazo de siete días desde la recepción del atestado o denuncia de parte (art. 965 LECr.).

No cabe el sobreseimiento por oportunidad reglada, previsto en el art. 963 y 964 LECrim, en estos juicios de delitos leves de género, conforme a la Circular 1/2015, aunque se podría aplicar a algunos supuestos de violencia de menor intensidad en el núcleo de convivencia familiar (excluida la violencia de género).

Estos dos tipos de delito de injurias leves, no se pueden tramitar por el procedimiento de Aceptación de Decreto, que está pensado para los delitos leves, que no sean competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Este procedimiento fue introducido por primera vez en la Ley 41/2015, regulándose en el nuevo Título III bis, artículos 803 bis a) al 803 bis j) LECrim. Esto es así, porque el legislador no ha asignado competencia para dictar sentencia de conformidad en los procesos por aceptación de decreto a los juzgados de Violencia sobre la mujer, cuya competencia corresponde únicamente a los juzgados de instrucción.

El delito de injurias graves con publicidad tiene una pena de multa de seis a catorce meses. Por tanto, es un delito menos grave, y se puede sustanciar por el procedimiento

³⁰ En este sentido, Tomé García J. A (2022) *Curso de Derecho Procesal Civil*, ob. cit. p. 677.

³¹ Aunque no son frecuentes este tipo de injurias, la SAP Madrid, Sec. 27.^a, 240/2014, de 15 de abril, castigó como delito de injurias graves sin publicidad y sin apreciar ninguna agravante (aunque fuese aplicable la de parentesco), la conducta del acusado que envió una foto de su esposa con el torso desnudo al presidente de la empresa donde trabajaba su mujer con la indicación de que la foto era anterior a sus operaciones de cirugía estética.

abreviado, (arts. 757, 760 y 774 LECrim). También, si se dan los requisitos del artículo 795.1.2.ª LECr., por el «juicio rápido».

En los artículos 816 y ss de la LECr se establecen especialidades en instrucción, para la adopción de medidas cautelares para evitar que se siga propagando la injuria³² y para la averiguación y descubrimiento del autor del delito, cuando se desconozca³³.

Si el agresor es menor responsable penalmente se seguirá el procedimiento de menores, previsto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En los distintos juicios por delito de injurias para agresores mayores de edad existe una especialidad procesal, porque la “ausencia del querrelado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que resulte habersele citado en forma (art. 814 LECr).

Por otro lado, si la injuria se hubiera inferido por escrito, se presentará, siendo posible, el documento que la contenga (Art. 806 LECr).

V. PRESCRIPCIÓN DE LAS DISTINTAS CLASES DE INJURIAS

La prescripción de un delito fija el plazo de la responsabilidad penal ante la justicia. Este período de tiempo lo determina el Código Penal, donde se concretan los plazos, las circunstancias especiales y la interrupción. El plazo de prescripción está vinculado a la pena máxima otorgada al ilícito penal. Por tanto, es importante conocer este plazo, sobre todo cuando éste es breve, como ocurre en los delitos de injuria.

El plazo de prescripción de las distintas modalidades del delito de injuria es de un año, si son cometidos por un mayor de 18 años, tal y como indica 131 CP, contados desde el día en que ha cometido la infracción punible, provocando la extinción de la responsabilidad penal del acusado (art. 130.1-6º del Código Penal).

³² Conforme al artículo 816 LECr, en cuanto se inicie un procedimiento por delito de injuria con publicidad (impresión, grabado, radio, televisión, internet, etc), el Juez acordará el secuestro de los ejemplares del impreso o de la estampa donde quiera que se hallaren y del molde ésta. Por otro lado, el artículo 823 bis II, indica que los jueces “al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio o a través del cual se produjo la actividad delictiva”. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación.

³³ Por otro lado, hay especialidades para la averiguación y descubrimiento del autor del delito. Si el delito se comete por medio de un periódico se tomará declaración al Director, o redactores de aquel y al Jefe o Regente del establecimiento tipográfico en que se haya hecho la impresión o grabado. Para ello se reclamará el original de cualquiera de las personas que lo tenga en su poder (art. 816,2, 817, 818 LECr). Cuando no se pueda averiguar el autor real del escrito o por cualquier otra causa de las especificadas en el CP no pudiere ser perseguido, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables, por el orden del artículo, 30 CP (Vid. Art. 819 LECr.). También ver artículos 820 y 821 LECr.

Ahora bien, este plazo se puede interrumpir, conforme al artículo 132.2 CP, “cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable”, y vuelve a contarse “desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”.

Por tanto, se interrumpe, con la presentación de la denuncia o querrela cuando se dirige contra la persona indiciariamente responsable del delito, y empieza a correr de nuevo desde la presentación de la querrela, o denuncia, si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión de dichos escritos, o resolución por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada, o no se adopta ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

También empieza a correr de nuevo, si admitida la denuncia o querrela, “se paraliza el procedimiento o se termina sin condena”, respecto a esta segunda posibilidad, actualmente la jurisprudencia no exige una paralización con inactividad procesal absoluta. Se considera que existe también paralización, cuando materialmente el procedimiento no avanza, aunque formalmente exista actividad procesal. Por ejemplo, la inhibición de un Juzgado, el rechazo de esa inhibición por parte de otro, el planteamiento de una cuestión de competencia, son situaciones procesales que paralizan el procedimiento, y provocan la reanudación del plazo de prescripción³⁴.

Por tanto, si durante la tramitación del procedimiento se ha producido una paralización por tiempo superior a 1 año, conforme al art 131 y 132 del C P procede una sentencia absolutoria por delito de injurias como consecuencia de la prescripción.

Para aplicar el instituto de la prescripción, el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del tribunal Supremo en su reunión de 26 de octubre de 2010, indica que se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. Por tanto, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito menos grave a delito leve, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito leve. Añadiendo que, en los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado³⁵.

³⁴En este sentido, entre otras, Roj: SAP B 11671/2022 - ECLI:ES:APB:2022:11671 Id Cendoj: 08019370052022100626 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Barcelona Sección: 5 Fecha: 26/10/2022

³⁵ En este sentido, ver Roj: SAP B 5667/2021 - ECLI:ES:APB:2021:5667 Id Cendoj: 080193702021100085 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Barcelona Sección: 20 Fecha: 23/03/2021

Ahora bien, si el agresor es menor de 18 y mayor de 14 años, las injurias constitutivas de delito menos grave prescriben al año, y los delitos de injurias leves, prescriben a los tres meses (art. 15.1.4.º y 5.º LORPM).

Los plazos de prescripción en la esfera penal son de carácter sustantivo, no procesales, porque la prescripción del art 131 CP no es de la acción penal para perseguir el delito sino del delito mismo, de forma que limita temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, al considerar el legislador, que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal. Por ello, las suspensiones de plazos, términos, o acciones procesales, no afectan a esta institución de naturaleza sustantiva. Así, por ejemplo, las suspensiones previstas en la Disposición Adicional Segunda, y Cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14-III-2020, no son aplicables a la prescripción de delitos³⁶.

VI. ESPECIALIDADES RESPECTO AL ÓRGANO COMPETENTE

Para los delitos de injuria grave con publicidad, que constituyen un delito menos grave, el órgano competente para la instrucción es el juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima, al tiempo de ocurrir los hechos (arts. 87 ter.1 LOPJ, 14.2 , 15 bis LECrim, Acuerdo Pleno TS, de 31 de enero de 2006), y se enjuiciarán por el juzgado de lo penal, que tendrá competencia incluso en los casos de concurso medial, cuando las penas señaladas en abstracto a los delitos que integran el concurso no superen los cinco años, conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2017³⁷ . También este juzgado será competente para dictar las sentencias de conformidad en delitos menos graves de género.

Para enjuiciar el delito de injuria leve del artículo 173,4 CP, será competente conforme al artículo 87 ter 1 d) LOPJ, y 14.5, d) LECr, el juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima, al tiempo de ocurrir los hechos.

Sin embargo, para el delito de injuria grave sin publicidad, una interpretación literal del artículo 87 ter1 d) LOPJ, y 14.5 LECr, no atribuye la competencia para conocer de estos delitos al juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima, al tiempo de ocurrir los hechos, porque los citados preceptos se refieren a la competencia para enjuiciar los

³⁶ Así, por ejemplo entre otras: Roj: SAP MU 2662/2022 - ECLI:ES:APMU:2022:2662 Id Cendoj: 30030370022022100325 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Murcia Sección: 2 Fecha: 09/11/2022

³⁷ El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2017, indica lo siguiente: «En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal»

delitos leves atribuidos por la ley, y el artículo 14,5 d) LECr, no incluye este delito leve, entre los que son competencia de este juzgado.

Para respetar el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), la jurisprudencia ha hecho una interpretación amplia del art. 14.5 d) LECrim, de manera que comprenda entre las competencias del juez de violencia sobre la mujer, cualquier otro delito leve que les atribuya la ley conforme al artículo 87 ter 1 LOPJ, y no solo los tres supuestos citados expresamente en el artículo 14.5 d) LECr.³⁸ El legislador debería reformar la ley para incorporar esta ampliación jurisprudencial de la competencia, coherente con el espíritu de la ley 1/2004, porque la atribución de competencia corresponde al poder legislativo no al judicial.

Si las injurias son recíprocas y cometidas de forma simultánea o en “unidad de acción”, con el fin de evitar el riesgo de sentencias contradictorias, se atribuye la competencia al órgano especializado, es decir, el juez de violencia sobre la mujer, del domicilio de la víctima, al tiempo de ocurrir los hechos.

Como excepciones a lo anteriormente expuesto, cabe citar el aforamiento del agresor o su minoría de edad. En el primer caso, la competencia para instruir y enjuiciar los hechos por injurias menos graves corresponderá, según el tipo de aforamiento, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1.2.º y 3.º LOPJ) o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3.a y b LOPJ). Será instructor uno de los magistrados de la Sala y el resto enjuiciará el delito. No obstante, si la persona aforada pierde tal condición antes de la apertura del juicio oral, la competencia se determina con arreglo a las normas generales (Acuerdo Pleno TS, de 2 de diciembre de 2014, ATS de 3 de diciembre de 2014 y STS 869/2014, de 10 de diciembre). Si se trata de delitos leves de injurias el magistrado designado para la instrucción enjuiciará el hecho.

En el segundo supuesto, La instrucción de los delitos de género, cometidos por mayores de catorce años y menores de dieciocho corresponde al Ministerio Fiscal, que necesita autorización del juzgado de menores para las diligencias restrictivas de derechos fundamentales únicamente. El enjuiciamiento corresponde al juzgado de menores del lugar de comisión del hecho delictivo (arts. 96.1 LOPJ y 1, 2.1 y 3, 6, 16, 23 y 26 LORPM).

Cuando la jurisdicción española se extienda al conocimiento de delitos de género en virtud del artículo 23.2, y 4 LOPJ, la competencia para conocer de los delitos cometidos

³⁸ En este sentido, Izquierdo Téllez, C (2017) “El juicio por delito leve ante el juzgado de Violencia sobre la mujer”, Actividad formativa: FC053FS Delitos leves: aspectos sustantivos y procesales. Madrid, 23 y 24 de marzo de 2017 <https://www.fiscal.es/documents/20142/99569/Ponencia+Izquierdo+T%C3%A9llez%2C+C.+Antonio+++pdf/b230f33c-0331-a13d-78f5-dee09ca991dc?version=1.0>

en el extranjero que, como regla, se atribuye a los juzgados centrales de instrucción [arts. 65.1.e) y 88 LOPJ], cede a favor de los juzgados de violencia sobre la mujer del domicilio de la perjudicada por razones victimológicas (art. 15 bis LECrim; ATS de 26 de abril de 2018).

VII. LA PRUEBA: LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA, Y LA DISPENSA LEGAL DEL ARTÍCULO 416 LECR

En el ámbito de la violencia de género, las reglas de la carga de la prueba son las mismas que para el resto de los delitos, por tanto, quien acusa es quien tiene que probar. En los delitos de injuria grave (con o sin publicidad), o leve, será la ofendida (salvo, en su caso, la injuria leve del artículo 173,4 CP) quien acuse, y por tanto, quien tenga que probar su existencia.

Cuando las injurias son sin publicidad, los únicos medios de prueba disponibles suelen ser la declaración del acusado y la testifical (la declaración de la víctima), teniendo en cuenta, además, que una especialidad procesal en este tipo de juicios es que no se admiten testigos de referencia (art. 813 LECr).

El problema que se plantea en la práctica con el delito de injurias es la falta de medios de prueba para justificar los elementos del tipo, salvo la propia declaración del acusado y de la víctima, que, por otro lado, suelen tener una versión contradictoria de los hechos.

La declaración del acusado, mantiene las garantías constitucionales del artículo 24.2 CE, por tanto, puede no declarar contra sí mismo, y no confesarse culpable, pero como especialidad procesal en los delitos privados de injurias graves con o sin publicidad, si el acusado reconociere ante el juez competente la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractar de ellas, el juez impondrá la pena inmediatamente inferior en grado (214 CP). Sin embargo, en el delito de injurias leves del artículo 173,4 CP, al ser un delito semipúblico especial, no sería aplicable esta atenuante específica de los delitos privados.

Respecto a la declaración de la víctima, hay jurisprudencia consolidada que establece que éste medio de prueba, aunque sea único, puede constituir prueba de cargo, para desvirtuar la presunción de inocencia, aun estando en contradicción con la declaración del agresor por los siguientes motivos³⁹:

En primer lugar, porque la declaración de la ofendida tiene valor probatorio

³⁹ En este sentido, entre otras, Roj: SAP M 16293/2022 - ECLI:ES: APM:2022:16293 Id Cendoj: 28079370262022100622 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 26 Fecha: 11/11/2022.

cualificado, respecto a la declaración del agresor que puede incluso mentir sin consecuencias penales. La versión de la víctima debe ser valorada, como prueba testifical, estando por ello obligada, a decir verdad. No obstante, hay que tener en cuenta el status de la víctima en estos delitos privados o semipúblicos que asumen la doble condición de testigo y denunciante o querellante, de manera que su testimonio es a su vez la noticia del delito.

En segundo lugar, es un testigo cualificado, porque no solo declara sobre algo que ha percibido por algún sentido, sino sobre algo que ha sufrido personalmente como sujeto pasivo del ilícito.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que las injurias, y otros delitos de género, suelen cometerse en la intimidad, de ahí la dificultad, en ocasiones, de corroboraciones periféricas. En estos casos el T.S. considera que habrá que atribuir especial relevancia probatoria al testimonio de la posible víctima, para evitar situaciones de impunidad, lo que no supone que tenga mayor credibilidad el testimonio de la víctima por el hecho de serlo, ni se convierta en una prueba privilegiada, sino que es el único medio para evitar la impunidad de estos delitos, al no poder esclarecer lo sucedido de otra manera⁴⁰.

Es abundantísima la Jurisprudencia que establece unos criterios orientativos para que la sola declaración de un testigo (que aparece como víctima del hecho) sea suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado: a) ausencia de incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud y c) persistencia en la incriminación (SSTS 1505/2003, de 13 de noviembre y 787/2015, de 1 de diciembre, entre otras muchas)⁴¹.

Ahora bien, esos criterios no son requisitos imprescindibles, que concurriendo conjuntamente deban dar credibilidad a la testifical de la presunta víctima, sino que permiten únicamente realizar un filtro cuidadoso de la declaración, que exige una fundamentación objetivamente racional para explicar en la sentencia por qué es creíble la versión ofrecida por la testigo que, además, aparece como víctima en el proceso. Por ello, estas pautas orientativas no excluyen otras máximas de experiencia, y la inmediación es imprescindible para objetivizar la conclusión judicial.

⁴⁰ De esta forma se elimina la vigencia del antiguo aforismo romano *testis unus testis nullus* ('Un testigo solo, testigo nulo'), recogido en el Digesto 48, 18, 20, como "*unius testimonio non esse credendum*" (no se debe dar crédito a un único testimonio), complementada por la regla del Digesto 22, 5, 12, "*ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient*" ('donde no se exprese el número de testigos, bastarán dos').

⁴¹ Roj: SAP B 12516/2022 - ECLI:ES:APB:2022:12516 Id Cendoj: 08019370202022100218 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Barcelona Sección: 20 Fecha: 08/09/2022

Por ello, incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, que motive suficientemente las razones de su proceder⁴². Por lo anterior, el juez debe redoblar el esfuerzo de motivación fáctica, cuando una condena se basa únicamente en el testimonio de la víctima.

De lo anterior, se deduce que estas reglas de experiencia, solo tienen un valor relativo, en el sentido de que su incumplimiento sirve para desestimar el testimonio de la víctima por ser inverosímil, pero su cumplimiento no genera inmediatamente una prueba legal o tasada que permita siempre estimarlo⁴³, por ello no se pueden aplicar con automatismo, sino que deben analizarse caso por caso.

Por otro lado, debido al principio de contradicción e intermediación que debe regir para la práctica de la prueba testifical, como regla general, debe prevalecer lo que el órgano de instancia haya decidido sobre el valor de la declaración, al apreciar de forma directa todo lo que rodea una declaración y la hace creíble o no, para formar una convicción judicial. Por tanto, es al juez de instancia a quien corresponde en exclusiva la apreciación de la credibilidad de las pruebas personales.

Por ello, resulta contrario a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo 24.2 CE, que un órgano judicial, conociendo a través de recurso de apelación, condene a quien ha sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva reconsideración de pruebas personales que exijan intermediación, como es la testifical.

No obstante, esta decisión puede ser revisada en apelación no en cuanto a la credibilidad del testigo, puesto que el tribunal de apelación no ha presenciado la declaración testifical, sino en cuanto a valorar la suficiencia de la misma como prueba de cargo, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia (es decir, que la motivación no sea ilógica e irracional o que no exista motivación).

Cuando la valoración probatoria asumida por el tribunal de la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, y las reglas de la lógica, el pronunciamiento absolutorio se puede impugnar por vulneración del derecho a la tutela

⁴² En este sentido, Roj: STS 4091/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4091 Id Cendoj: 28079120012022100864 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 27/10/2022 N° de Recurso: 10054/2022 N° de Resolución: 853/2022

⁴³ Hay que tener en cuenta que la víctima podría haber relatado una situación inventada, bien construida y hábilmente expuesta, que podría parecer veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del proceso. También es posible que el testigo atribuya a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, sólo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible.

judicial efectiva, y la estimación anulará el pronunciamiento absolutorio (art. 792.2 LECr), pero para ello, el recurrente tiene que pedir la anulación de la sentencia.

Por tanto, cuando el recurrente alegue en apelación error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será necesario que justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada (art. 792.2 párrafo tercero).LECr

Ahora bien, instada la nulidad, el tribunal de apelación no puede dictar una sentencia condenatoria, frente al encausado absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de la prueba, solo puede anular la sentencia y devolverla al tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de la prueba. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (art. 792.2 LECr)⁴⁴.

Otra cuestión relevante en relación a la declaración testifical de la víctima consiste en saber si ésta se puede acoger a la dispensa legal de declarar contra su pareja prevista en el artículo 416 LECr., una vez iniciado el proceso a su instancia.

Como hemos indicado anteriormente, cuando la injuria constituye un delito privado, solo se puede perseguir el ilícito a instancia de la ofendida. Si constituye un delito semipúblico, es necesario igualmente, ante la falta de asistencia del Ministerio fiscal al juicio, que la víctima actúe como acusación particular, o que una institución o asociación, en su nombre, sostengan la acusación como acusación particular.

Por lo anterior, cuando las injurias son delito privado, al tener que constituirse necesariamente la ofendida en acusación privada, la víctima no se puede acoger a la dispensa legal de declarar contra su pareja (416.1.4 LECr.). Al respecto hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio, que establece que “no recobra el derecho a la dispensa del art. 416.1 LECrim quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma”. Ahora bien, como hemos indicado en el epígrafe relativo a la legitimación, en

⁴⁴ En este sentido, entre otras, Roj: SAP M 12154/2022 - ECLI:ES:APM:2022:12154 Id Cendoj: 28079370262022100417 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 26 Fecha: 07/09/2022 N° de Recurso: 1809/2022 N° de Resolución: 511/2022.; Roj: SAP O 3581/2022 - ECLI:ES:APO:2022:3581 Id Cendoj: 33024370082022100282 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Gijón Sección: 8 Fecha: 08/11/2022

este tipo de delitos cabe la renuncia a la acción, de forma que si decide no declarar en contra de su pareja puede renunciar.

Cuando la injuria es semipública art. 173,4 CP, si ejercita la acusación particular una asociación, previa denuncia de la víctima y con autorización de ésta, al haber denunciado la víctima como requisito para su persecución, no podría acogerse a la dispensa legal de declarar contra su pareja (416.1.4 LECr.), pues como indica la STS 342/2021, de 23 de abril, “el ejercicio del derecho a la dispensa es incompatible con la condición de denunciante”⁴⁵. Como hemos indicado anteriormente, es muy improbable que una asociación se persone en un delito semipúblico sin interés público en su persecución.

Por tanto, será la víctima en el caso de las injurias del artículo 173,4, quien tras la denuncia se convierta acusación particular, por lo que tampoco puede acogerse a la dispensa legal a declarar contra su pareja, aunque puede utilizar el perdón como forma de extinción de la responsabilidad.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES DE TIPO PERSONAL Y PENAS ACCESORIAS EN LOS DELITOS DE INJURIAS DE GÉNERO

El juez de violencia sobre la mujer, está obligado a pronunciarse en todos los procedimientos por delitos de violencia de género, respecto a la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento previstas en el Capítulo IV LOMPIVG, que son compatibles con cualquier otra medida cautelar (art. 61.2 LOMPIVG)

El juez tendrá que pronunciarse obligatoriamente de oficio o a instancia de parte, y en caso de adoptar cualquier medida, deberá determinar su plazo, su régimen de cumplimiento y las medidas complementarias que fueran precisas.

Además, el artículo art. 69 LOMPIVG, permite que las medidas del Capítulo IV del Título V, se mantengan tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos frente a aquélla, para lo cual el juez debe hacerlo constar en la sentencia.

De éstas medidas, en el ámbito de los delitos de injurias, las más utilizadas son las contempladas en el artículo 64 LOMPIVG, apartados 3, 4 y 5⁴⁶, cuya solicitud y

⁴⁵ La declaración de la víctima será válida, aunque no se le haya informado del derecho a la dispensa, al carecer de él. En este sentido, Banacloche Palao J., Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal, ob.cit. p.308,

⁴⁶ 3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento.

adopción seguirá en la mayoría de los casos los trámites previstos en el artículo 544 ter LECrim, regulador de la Orden de Protección, y que en el ámbito de los juicios leves no requieren asistencia de abogado para el denunciado, salvo que la pena sea de multa cuyo límite máximo sea al menos de seis meses, de acuerdo con lo previsto en el art. 967.1, párrafo segundo LECr. Por tanto, solo sería obligatoria la citada asistencia letrada, en el supuesto de las injurias graves sin publicidad.

En caso de acordarse estas medidas cautelares, tanto el artículo 64.3 LOMPIVG, como el artículo 48,4 CP, cuando se imponen como pena accesoria, prevén para agresores mayores de edad, la utilización de “instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”, es decir, la utilización de sistemas de control electrónico, tales como pulsera telemática o brazalete electrónico.

Respecto a la imposición de estas medidas tras la sentencia, el artículo 57 del CP en su párrafo primero, dispone que, los Jueces y Tribunales podrán imponer en sentencia las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un periodo de tiempo que no excederá de cinco años si la pena fuera menos grave (injurias graves con publicidad), y por tiempo que no excederá de 6 meses para los delitos leves (injurias graves sin publicidad e injurias leves de género).

En los delitos leves de injuria se podrá imponer una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 CP: prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación, por un tiempo que no exceda de seis meses. Ahora bien, estas medidas tienen carácter potestativo para el juzgador (arts. 48 y 57.3 CP).

Por tanto, caso por caso, el juez de violencia sobre la mujer, debe decidir en atención a los hechos enjuiciados, si se ha tratado de un hecho aislado o no, que pueda evidenciar en su caso, una situación de peligrosidad que justifique la imposición de estas medidas en la sentencia⁴⁷. En el delito de injurias, raras veces se acordarán, cuando es el único delito cometido y se produce de forma aislada.

En el caso de las injurias graves con publicidad, cuando son de género, por aplicación del art 57.2 CP, se impondrá la pena accesoria de prohibición de aproximación a la

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquéllas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar.

5. El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.

⁴⁷ En este sentido, Roj: SAP M 14835/2022 - ECLI:ES:APM:2022:14835 Id Cendoj: 28079370272022100575 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 27 Fecha: 19/10/2022

víctima, de manera obligatoria, por un tiempo que no excederá de 5 años. El resto de las prohibiciones del artículo 48 CP, son de carácter potestativo para el juzgador que debe apreciar su necesidad caso por caso, motivándolo en las sentencias.

Ahora bien si el agresor es menor, el Juez de Menores debe aplicar la Ley Orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 12 de enero, en lo sucesivo LORPM), en cuyo artículo 1º se establece que esa Ley se aplicará para exigir responsabilidad penal a los mayores de 14 años y menores de 18 años por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal, y la utilización del Código Penal como norma supletoria (Disposición Final 1ª de la LORPM) solo es posible para aspectos sustantivos (definición de los hechos tipificados como delitos en el Código Penal).

Por tanto, el Juez de Menores solo está vinculado al Código Penal para la tipificación de los hechos, pero no para la aplicación de las penas, que estarán regidas por lo dispuesto en la LORM, que contempla las medidas de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima que como medida cautelar en su artículo 28 LORM, y como medidas de reforma en la sentencia, en el artículo 7.1.i) LORM. Ahora bien, en ningún precepto de esta ley se prevé la posibilidad de establecer un control de estas medidas por medios electrónicos. Estos sistemas de control, como hemos indicado anteriormente, solo están contemplados en el art. 48.4 del Código Penal y 64.3 LOMPIVG.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, no hay posibilidad legal de poder aplicar a los responsables penales menores de edad, los controles electrónicos de alejamiento que regulan para los mayores de edad en las citadas normas⁴⁸.

IX. LAS AGRAVANTES DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y DE PARENTESCO APLICABLES EN SU CASO A LAS INJURIAS

Las injurias graves con o sin publicidad son delitos sin especialidad, salvo en su caso, la posible aplicación de la agravante de discriminación por razón de género, o la agravante mixta de parentesco.

La primera agravante, no solo se puede aplicar al delito especial de injuria de género del 173,4 CP, sino también a las injurias graves con o sin publicidad, o a cualquier otro, cuando se dé el factor de dominación machista que penaliza esta agravante. La segunda, en cambio, ya vendría subsumida en la especialidad de este segundo tipo de

⁴⁸ Para ver las razones por las que el legislador no incluye estos dispositivos ver , Roj: AJME MA 1/2016 - ECLI:ES:JMEMA:2016:1ª, Id Cendoj: 29067530022016200001

Órgano: Juzgado de Menores, Sede: Málaga, Sección: 2, Fecha: 28/10/2016

delito, y por tanto solo se podría aplicar a las dos variantes de injurias graves (con y sin publicidad) (art. 67 CP).

La jurisprudencia⁴⁹ considera compatibles ambas agravantes, de manera que se podrían aplicar conjuntamente si se dan las circunstancias para cada una de ellas, al basarse en hechos distintos que permiten fundamentar la agravación en uno o en otro, o en ambos si se dan conjuntamente, sin vulnerar la prohibición de doble valoración (*non bis in ídem*).

9.1. La agravante de discriminación por razón de género

La discriminación por razón de género, como agravante, fue introducida en el artículo 22,4 CP, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para cumplir con lo establecido en el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Se fundamenta, la agravante en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, por el mero hecho de ser mujer, y con independencia de que exista o no una relación de pareja entre la víctima y el sujeto activo, salvo que tal agravación se haya tenido en cuenta en la ley al describir o sancionar una infracción, o sea inherente al delito de tal manera que sin la concurrencia de ella no podría cometerse (art. 67 CP)⁵⁰.

Como indica el Tribunal Supremo⁵¹, “el género es una construcción social que configura imaginarios relacionales y actitudinales atribuyendo determinados roles en atención, precisamente, a la condición de hombre o de mujer. Pero la existencia de distintos géneros y, con ellos, la diferenciación de papeles, comportamientos, actividades y atribuciones no puede justificar ni servir para que dichos marcadores de diferenciación se conviertan en factores motivacionales de victimización del género femenino ni para estatuir prejuicios discriminatorios”.

Por tanto, cuando la violencia se proyecta sobre una mujer por el hecho de serlo, se produce una discriminación por género que hacen que la acción sea más grave, y la conducta del autor más reprochable penalmente, porque el autor comete los hechos al sentirse superior a la mujer, llevándose a cabo una situación de subyugación del sujeto

⁴⁹ Así, Roj: SAP GC 2372/2021 - ECLI:ES:APGC:2021:2372 Id Cendoj: 35016370022021100353 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 2 Fecha: 15/07/2021.

⁵⁰ En este sentido, entre otras, Roj: SAP SO 229/2022 - ECLI:ES:APSO:2022:229 Id Cendoj: 42173370012022100229 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Soria Sección: 1 Fecha: 26/04/2022

⁵¹ Roj: STS 4688/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4688 Id Cendoj: 28079120012022100959 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 21/12/2022

activo sobre el pasivo con independencia de que sean ambos sujetos pareja o expareja⁵².

Esta agravante necesita que los hechos del agresor expresen el trato de desigualdad hacia la mujer por la superioridad del varón, demostrando a aquélla que es inferior por el mero hecho de serlo. Esta discriminación es el fundamento de la agravación de la pena.

Ahora bien, esta agravante no requiere de un elemento subjetivo específico “entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, -así lo declaró el alto Tribunal en la STS 2ª 99/2019⁵³, pero sí requiere objetivamente, que los hechos sean expresión de ese trato desigual de dominación, consustancial a la superioridad del varón, para cuya valoración hay que tener en cuenta las circunstancias que rodean los hechos y el contexto relacional de agresor y víctima.

Para estimar esta agravante, es necesario objetivamente que el hecho probado plasme tales elementos de dominación que aumentan el injusto, y así se justifique en la sentencia, no siendo admisible que se limite el Tribunal a indicar que concurre, sin exponer las razones que permiten acreditar tal circunstancia⁵⁴, y subjetivamente que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

En conclusión, la agravante de género, se da cuando existe un trato de dominación del varón hacia la mujer por el hecho de serlo, considerándola un ser inferior, con menos derechos, y dentro de las relaciones de pareja, debe generar una desigualdad de trato, con sumisión y obediencia de la mujer hacia el hombre.

Ahora bien, esta agravante, se aplica no solo a los delitos especiales en los que el género es parte de los elementos del tipo, sino también en cualquier otro delito en el que se ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer, salvo que esté contemplada la agravante en los propios elementos del tipo.

La acción agresiva que penaliza esta agravante, en las relaciones de pareja, es la conducta del varón de controlar a la mujer o de humillarla⁵⁵, sojuzgando a la pareja o

⁵² Roj: STSJ M 14026/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:14026 Id Cendoj: 28079310012022100339 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 22/11/2022

⁵³ En este sentido, Roj: SAP NA 1428/2020 - ECLI:ES:APNA:2020:1428 Id Cendoj: 31201370022020100282 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Pamplona/Iruña Sección: 2 Fecha: 02/12/2020

⁵⁴ En este sentido, Roj: SAP GC 1569/2021 - ECLI:ES:APGC:2021:1569 Id Cendoj: 35016370022021100173 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 2 Fecha: 04/03/2021

⁵⁵ El agresor controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, y en algunos casos de autonomía de movimiento al privarla de documentación. Respecto a los actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares.

manteniendo una situación de dominación que coloca a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, vulnerando gravemente su derecho a la igualdad, libertad y respeto debido como ser humano.

9.2. La circunstancia mixta de parentesco

La circunstancia del parentesco por ser el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad al agresor, puede constituir una circunstancia agravante o atenuante, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (art. 23 CP).

La jurisprudencia⁵⁶ de forma unánime aprecia que la circunstancia de parentesco tiene efecto agravatorio cuando se trata de delitos contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexual, o cualquier otro de contenido personal. En cambio, es atenuante, cuando se trata de delitos patrimoniales.

Por lo anterior, en los delitos contra las personas, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, que en el ámbito de género supone que la agraviada sea o haya sido cónyuge del agresor o haya estado ligado a éste de forma estable por análoga relación de afectividad.

Hay que tener en cuenta que las relaciones de noviazgo fugaces, no pueden considerarse como relaciones de afectividad análogas al matrimonio, para las que no es aplicable la agravante de parentesco.

Solo se aplicará esta agravante a las relaciones de "análoga afectividad al matrimonio", cuando tengan cierta estabilidad y con convivencia "*more uxorio*", al menos parcial⁵⁷. Por tanto, la relación de afectividad tiene que tener una intensidad y una persistencia en el tiempo de cierta entidad para que pueda operar como agravante⁵⁸.

⁵⁶ Así entre otras, Roj: STSJ PV 1036/2021 - ECLI:ES:TSJPV:2021:1036 Id Cendoj: 48020310012021100053 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Bilbao Sección: 1 Fecha: 25/05/2021

⁵⁷ Así, Roj: SAP S 814/2021 - ECLI:ES:APS:2021:814 Id Cendoj: 39075370032021100153 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Santander Sección: 3 Fecha: 09/02/2021, que cita la STS núm. 79/2016, 10 de febrero

⁵⁸ Roj: SAP S 814/2021 - ECLI:ES:APS:2021:814 Id Cendoj: 39075370032021100153 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Santander Sección: 3 Fecha: 09/02/2021, que cita la STS núm. 79/2016, 10 de febrero, La jurisprudencia ha considerado que existe este tipo de convivencia al menos parcial, en las siguientes situaciones: "Por ejemplo STS 547/2015, de 6 de octubre (convivencia los fines de semana, y delito cometido en la vivienda común), STS 838/2014, de 12 de diciembre, (convivencia como pareja de hecho, durante varios meses, cometándose el delito en la intimidad del domicilio de la pareja), STS 59/2013, de 1 de febrero, (relación de pareja estable,

La agravante de parentesco, se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones de afectividad, presentes o pretéritas.

Por tanto, la circunstancia de parentesco del artículo 23 del Código Penal, en relación a la violencia de género, responde a parámetros objetivables relacionados con la relación de afectividad presente o pasada entre el agresor y la víctima, salvo que esta circunstancia forme parte de los elementos del tipo del ilícito (art. 67 CP), pues en ese caso se vulneraría con su aplicación la prohibición *non bis in idem*. Esto último ocurre en las injurias leves de género del 173,4 CP.

Esta circunstancia agravante en delitos contra las personas es aplicable igualmente a parejas del mismo sexo cuando existe esa relación de afectividad, por ser o haber sido matrimonio, o existir o haber existido esa relación análoga al matrimonio.

La agravante de parentesco es compatible con la de género, siempre que se acredite el elemento intencional de dominación, para evitar la vulneración del *non bis in idem*.

X. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA MEDIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES POR DELITO DE INJURIA

En España la justicia restaurativa está presente en la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

Para mayores de edad, se introdujo por la LO 1/2015 de reforma del Código Penal en el ámbito de ejecución de la pena, así como en la Ley 4/2015 de 27 de Abril, respecto a los procesos restaurativos, dentro del Estatuto de la Víctima.

El proceso penal, no solo debe servir para imponer una pena al delincuente cuando éste ha desobedecido una norma. También ha de tener en cuenta los intereses y necesidades de las víctimas, a quienes se les debe permitir participar activamente en la solución del conflicto en el que son parte⁵⁹, y procurar la reinserción social del agresor.

En el marco del resarcimiento y reparación de la víctima, a lo largo del proceso como una de las finalidades del proceso penal hay que enmarcar la justicia restaurativa, cuyo objetivo no solo engloba los contenidos pecuniarios de la responsabilidad civil (indemnización, reparación, restitución), sino también, otros componentes de tipo emocional (en ocasiones la víctima necesita una explicación, una petición de perdón, la

de una duración superior a tres años), STS 972/2012, de 3 de diciembre, (relación afectiva consolidada, con convivencia durante varios años), STS 792/2011, de 8 de julio, (utilización de un domicilio común durante aproximadamente seis meses), STS 436/2011, de 13 de mayo, (relación sentimental estable durante años, con convivencia los últimos cinco meses), STS 1053/2009, de 22 de octubre (convivencia "more uxorio", durante varios años, que la víctima quería finalizar), etc

⁵⁹ Ver al respecto, Ferreirós C E. Sirvent A. y otros (2011), *La mediación en el Derecho penal de menores*. Dykinson S.L., Madrid.

percepción de que el delincuente se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador, etc.).

Por tanto, la justicia restaurativa, se centra en la reparación a la víctima por el daño sufrido, y no en la condena del autor del acto delictivo, y para ello, otorga una participación activa tanto a la víctima como al agresor. La víctima, no solo va a poder participar activamente a lo largo del proceso, sino también va a tomar decisiones relativas al tipo de reparación que deba realizar su agresor. Por otro lado, el agresor puede realizar los actos necesarios para reparar a la víctima por el daño causado, en lugar de permanecer pasivo y limitarse a acatar la imposición de una pena, que no tiene, necesariamente, finalidad reparadora para la víctima⁶⁰. Este resarcimiento y reparación de la víctima, supone una cierta resocialización del delincuente al reconocer el mal realizado y reparar a la víctima moral y patrimonialmente, que puede servir para prevenir nuevos hechos ilícitos, que sin duda beneficia a la sociedad.

Hay estudios que indican que las víctimas de delitos de género están más interesadas, que el resto de las víctimas, en una reparación por el delito cometido, cosa que incluye una validación externa, un reconocimiento del daño causado y un esfuerzo para repararlo⁶¹.

Uno de los mecanismos más relevantes para conseguir la justicia restaurativa, aunque no el único (siendo posibles otros sistemas autocompositivos de resolución de conflictos como por ejemplo la conciliación) es la mediación⁶².

A pesar de ello, el artículo 44.5 de la LOMPIVG excluye la mediación dentro del ámbito de la violencia de género, y la Ley Orgánica del Poder judicial en el artículo 87 ter, apartado cinco, prohíbe la mediación en el ámbito competencial del juzgado de violencia sobre la mujer.

No se trata, sólo de una prohibición de mediación en el ámbito civil, para los juicios civiles competencia del Juez de Violencia en las condiciones señaladas en los numerales 2 y 3 del propio art. 87 ter. Se trata de una prohibición general que abarca también las manifestaciones de la llamada “justicia restaurativa”, consistentes en el consenso y la negociación.

La prohibición de la mediación, para delitos de violencia de género, fue introducida por una enmienda del Grupo Parlamentario CiU⁶³ en la tramitación de la ley. La citada

⁶⁰ En este sentido, Cuadrado Salinas C (2015) “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, p. 2

⁶¹ En este sentido, Ver: Stubbs J (2000): “Domestic Violence and Women’s Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice”, en Strang H./ Braithzaite J. *Restorative Justice and Family Violence*. Cambridge University Press, p. 44;

⁶² Ver sobre el tema, San Cristóbal Reales S (2022). “El principio de oportunidad, Justicia Restaurativa, y Mediación en el proceso penal: Perspectivas de futuro”, *Revista General de Derecho Procesal*, *Iustel*, nº 56, enero 2022, pp. 1-49

enmienda hace referencia a la necesidad de que en todos los casos en que haya violencia de género quede vedada explícitamente la mediación. CiU considera que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal como se sostiene en todos los foros especializados⁶⁴. Al no existir ningún debate en la tramitación parlamentaria, finalmente se plasmó en el texto definitivo en el apartado 5 del art. 87 ter LOPJ.

Aunque la LOPJ y la LOMPIVG, solo prohíben la mediación, y no otros sistemas alternativos, una interpretación coherente con el espíritu de la ley, debe prohibir cualquier otro sistema autocompositivo por falta de igualdad entre las partes, siendo inadecuada en estos casos no solo la mediación sino también la negociación, la conciliación, etc.

Si nos atenemos a la letra de la ley, la prohibición de la mediación penal está referida únicamente al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por tanto, la prohibición se circunscribe técnicamente a la instrucción de delitos de injuria grave con publicidad y al conocimiento y fallo de los juicios leves por delito de injurias graves sin publicidad, y de las injurias leves de género.

En consecuencia, para algunos autores⁶⁵, técnicamente no está prohibida la mediación penal una vez concluida la fase de instrucción en las injurias graves con publicidad (para la conformidad), o una vez celebrado el juicio y dictada sentencia, por el citado delito, así como cuando se celebre el juicio por delito leve de injuria y se dicte una sentencia condenatoria al agresor. Ahora bien, si el motivo de la prohibición es la desigualdad entre las partes, pese a la falta de prohibición expresa en estas otras fases, y atendiendo al espíritu de la ley, tampoco se debería mediar, ni negociar en ningún otro momento.

La doctrina⁶⁶ siempre ha estado muy dividida respecto a la prohibición de la mediación en el ámbito de la violencia de género, entre los que consideran que la misma no es adecuada debido a la falta de igualdad de las partes, y los que entienden que es

⁶³ Cfr., BOCG. Congreso de los diputados, serie A, núm. 2-4, de 24-09-2004. Enmienda número 431. “la inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados, pero aún se producen situaciones de hecho en las que en la práctica se reconduce a la mediación

⁶⁴ Cfr. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2004. VIII Legislatura. Núm. 39. Sesión Plenaria núm. 35, celebrada el jueves, 7 de octubre de 2004.

⁶⁵ En este sentido, Guardiola Lago M J (2009). “La Víctima de Violencia de Género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal” *Revista General de Derecho Penal* 12, pp.31-32

⁶⁶ Sobre las razones a favor o en contra de la mediación en el ámbito penal Ver; Álvarez Suarez L (2019) “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, mai./ago. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.202>, pp. 1087-1095

debería permitirse teniendo en cuenta la gran diversidad de supuestos y tipos de víctimas que existen en materia de violencia de género.

Atendiendo al factor de dominación, también podemos encontrar opiniones contrapuestas que permitirían no aplicar la legislación de violencia de género, cuando no se dé el citado factor, y por tanto sería viable la mediación. Como indica Arrom Loscos R (2019 p. 85)⁶⁷. Se puede distinguir entre quienes consideran violencia de género cualquier acto de violencia física o moral de un hombre sobre una mujer que sea o haya sido su pareja sentimental por constituir un reflejo del patrón cultural de dominación producto de un tipo de cultura histórica, siendo estos actos manifestación de este tipo de violencia sin necesidad de que concurra el elemento subjetivo de la dominación.

Por otro, quienes consideran necesario para aplicar la legislación de violencia de género, (sobre todo al ámbito penal), la existencia de una relación de dominio entre agresor y víctima (elemento subjetivo de dominación), bajo el hecho punible, que es la causante de la desigualdad y justificaría la aplicación de la legislación procesal y penal de género, y solo en estos casos no se podría utilizar la mediación.

Actualmente de forma mayoritaria, se ha optado por la primera postura, en esta línea podemos citar el Pleno de la Sala Segunda, en STS 677/2018, 20 de diciembre.

Desde la promulgación de la LOMPIVG, hay autores⁶⁸, que considera que la respuesta judicial no es la más adecuada ni para la víctima ni el victimario, por eso, consideran conveniente⁶⁹, tras casi veinte años desde citada ley, y con el cambio en la percepción de la sociedad en materia de violencia de género, que se elimine el veto a la mediación en algunos supuestos de violencia contra las mujeres si concurren determinadas condiciones.

Teniendo en cuenta que el motivo de la exclusión de la mediación se fundamenta en la desigualdad y asimetría de las partes en estos delitos, y dado que los procesos de mediación, y autocompositivos en general, deben partir de posiciones de cierto equilibrio entre las partes, en los delitos de violencia de género leves y aislados, en los que no exista esa asimetría y desigualdad, podría tener su razón de ser la exclusión de la

⁶⁷ Arrom Loscos R (2019) *Aproximación a la mediación penal; líneas rojas. Violencia de Género y mediación penal ¿Un reto de futuro?* Civitas, Thomson Reuters.

⁶⁸ Castillejo Manzanares R, Torrado Tarrío C, Alonso Salgado C (2011) "Mediación en violencia de género" *Revista de Mediación*. Año 4. Nº 7. Mayo, p. 41. Según estas autoras, afecta a la víctima "porque se la desapodera de la soberanía del conflicto y no se atienden sus intereses y necesidades de reparación, del mismo modo y con la misma contundencia, que se da respuesta a la necesidad de castigar el ilícito penal por parte de la Administración de Justicia. Afecta al victimario, porque el proceso penal en su configuración actual genera más sufrimiento personal en el victimario, que valores reeducativos, por lo tanto, no sólo se dificulta su reinserción, sino que también se incrementan las probabilidades de reincidencia".

⁶⁹ En este sentido, ver Álvarez Suárez L. (2019) "La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.202>, p. 1075-1106

prohibición de la mediación por los posibles efectos favorables que puede tener para la víctima y el agresor, lo que evitaría la reincidencia y sobre todo una escalada de violencia en la pareja.

Ahora bien, para que fuera posible la mediación en estos casos, la mayoría de los autores consideran necesario una evaluación psicológica previa de las partes⁷⁰, para ver el alcance de la desigualdad o desequilibrio. También sería necesaria una terapia de empoderamiento de la víctima⁷¹.

Por otro lado, tendrían que cumplirse todos los presupuestos para acceder a los servicios de justicia restaurativa, contenidos en el artículo 15, de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, una vez eliminada la prohibición de la mediación. En concreto: el infractor tiene que reconocer los hechos delictivos de los que deriva su responsabilidad; la víctima tiene que prestar su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; el infractor tiene que prestar también su consentimiento; el procedimiento de mediación no puede entrañar un riesgo para la seguridad de la víctima, ni existir el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento; toda la información será confidencial.

Con el fin de garantizar la seguridad de la víctima se ha propuesto la llamada "mediación indirecta o subrogada"⁷², en la que la mediación no se efectúa directamente entre ambas partes sino mediante un tercero o a través de sesiones individuales y no conjuntas, impidiendo así la manipulación que el maltratador pudiera ejercer sobre la víctima.

Por otro lado, si se permitiera en los delitos leves y aislados la mediación, atendiendo a las circunstancias concretas, no solo habría que eliminar el veto a la mediación, sino también las penas accesorias del artículo 57.2 y 3 en relación al artículo 48, 2 CP, y las

⁷⁰ En este sentido, Álvarez Suárez L. (2019) "La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español." *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.202>, p. 1103

⁷¹ En este sentido entre otros autores, Castillejo Manzanares R, Torrado Tarrío C, Alonso Salgado C (2011) "Mediación en violencia de género" *Revista de Mediación*. Año 4. Nº 7. Mayo, p. 42

⁷² Molina Caballero M. J. (2015), "Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación", *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 17-24, p. 19.

medidas cautelares previstas en el artículo 64 LOMPIVG, apartados 3, 4 y 5, para que pueda tener lugar.

Teniendo en cuenta al sector doctrinal favorable a la mediación, los delitos leves de injurias del artículo 173,4 CP y los delitos de injuria grave sin publicidad del 209 CP, cuando son aislados, y no se han producido otros ilícitos de género entre la pareja, podrían constituir una posible excepción a la prohibición de la mediación del 87 ter,5 LOPJ, si el legislador deja de vetar la mediación en todos los casos de violencia de género, y se cumplen el resto de las condiciones anteriormente mencionadas.

CONCLUSIONES

La falta de sistemática en la regulación de los denominados “delitos de violencia de género”, competencia del juzgado de violencia sobre la mujer (art. 87 terLOPJ), tiene consecuencias penales y procesales relevantes en las distintas modalidades de injurias que no favorecen su persecución y castigo, y por ello, tampoco evita su reiteración. Además, genera discordancias contrarias al propio espíritu de la LOMPIVG.

Los delitos de injurias graves, con y sin publicidad (artículo 209 CP), están regulados en el título XI CP, relativo a delitos contra el honor, y carecen de especialidad, cuando son de género, salvo en su caso, la aplicación de la agravante de género y la mixta de parentesco. Estos delitos de injuria constituyen delitos privados, regidos por el principio dispositivo, lo que dificulta su persecución, al tener únicamente la ofendida, legitimación para ejercitar la acción penal y civil, convirtiéndose en acusadora privada por medio de querrela, y en los que se exige además, como requisito de procedibilidad, el acto de conciliación celebrado sin avenencia o intentado sin efecto (arts. 278 y 804 LECr), o en su caso, aportar la licencia o autorización del juez o Tribunal ante el que se hubieren vertido (arts. 279 y 805 LECr y art. 215.2 CP), además la acción es renunciable y cabe perdón como forma de extinción de la responsabilidad penal.

La conciliación previa como requisito procesal vulnera el artículo 48 del Convenio de Estambul, que rige para España desde 2014, que contiene una prohibición de la mediación o Conciliación obligatoria, tal y como está prevista para los delitos privados. Por tanto, el legislador debe modificar esta regulación para acomodarla a la citada normativa.

Aunque la LOPJ (art. 87 ter ,5) y la LOMPIVG (art. 44), solo prohíben la mediación, una interpretación coherente con el espíritu de las citadas leyes, debe prohibir expresamente cualquier otro sistema autocompositivo, por falta de igualdad entre las partes, que permita llegar a acuerdos válidos, por lo que el perdón de la ofendida que es consecuencia normalmente de una negociación entre las partes, debería estar

igualmente prohibido, por la presión que puede padecer la víctima en estos casos por su pareja.

La injuria leve del artículo 173,4 CP, del Título VII, constituye un delito semipúblico, que permite su iniciación por mera denuncia de la ofendida, y existen dos tipos de legitimación para el ejercicio de la acción penal y civil para personarse como acusación particular. La legitimación ordinaria que tiene la víctima del delito o su representante legal, y la legitimación extraordinaria por representación, a cargo de asociaciones de víctimas a las que se refiere el artículo 109 bis LECr, siempre que tengan autorización de la ofendida (art.109 bis LECr.), una vez que ésta ha denunciado el hecho, que actuará, por medio de querrela, sin prestar fianza.

Sin embargo, aunque la naturaleza jurídica de este delito parece mejorar su persecución, esta expectativa se frustra porque cuando no se ha personado una asociación de víctimas (que no suelen actuar en estos delitos), la ofendida después de denunciar el hecho, debe mantener la acusación, ratificándose en la denuncia, o en su caso querrela, al no intervenir el Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal y en su caso civil, salvo que la víctima sea persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, (art. 201.2 CP), conforme a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado. Por otro lado, cabe el perdón de la ofendida. En conclusión, su naturaleza semipública, como delito especial de género, tampoco mejora la persecución y castigo de este delito.

Respecto a la diferente naturaleza jurídica del delito según el tipo de injuria proferido a la ofendida, no parece muy coherente que siendo menos atentatoria contra el honor la injuria leve de género (art. 173,4 CP), que las injurias graves sin publicidad, o con publicidad (209 CP) cuando son de género, éstas tengan naturaleza privada y aquella semipública. Probablemente obedezca a la dispersión y falta de coordinación de la regulación de estos delitos competencia del juzgado de violencia sobre la mujer. Esta diferente naturaleza afecta también a la aplicación de la atenuante de arrepentimiento del 214 CP, que está prevista únicamente para los delitos privados.

La naturaleza privada o semipública, sin interés público en la persecución del hecho, además de dificultar la persecución y castigo del ilícito, es contrario a la Exposición de Motivos, apartado I LOMPIVG, que considera que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, por la desigualdad que simboliza”. Por lo anterior, entendemos que cualquier tipo de injuria, cuando es un delito de género, debe ser un delito público.

La falta de sistemática y la descoordinación en los preceptos, no permite con una interpretación literal del artículo 87 ter1 d) LOPJ, y 14.5 LECr, atribuir la competencia para el enjuiciamiento del delito de injurias graves sin publicidad, al juzgado de violencia

sobre la mujer del domicilio de la víctima, aunque la jurisprudencia, en coherencia con el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (LIVG), se la ha atribuido, haciendo una interpretación amplia. Sería conveniente que el legislador modificara la ley para incluir esta competencia.

Las injurias graves sin publicidad (209 CP) y las injurias leves del 173,4 CP, por la cuantía de la pena son delitos leves. Las sentencias de condena por delitos leves, no computan a efectos de reincidencia (art. 22,8 CP). Por tanto, si el agresor injuria a la misma víctima, solo se podrá castigar esta pluralidad de delitos, si se pueden subsumir en un delito de maltrato habitual (art.173.2 CP). Ahora bien, si el agresor cambia de pareja sentimental y vuelve a proferir injurias leves no tiene penalización. Sería conveniente que cuando el delito leve, sea de género, se aplique la agravante de reincidencia.

Un problema que se plantea en la práctica con el delito de injurias es la falta de medios de prueba para justificar el delito. Respecto a la declaración de la víctima, hay jurisprudencia consolidada que establece que éste medio de prueba, aunque sea único, puede constituir prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, aun estando en contradicción con la declaración del agresor, estableciéndose unas pautas, que el juez puede tener en cuenta, siendo en estos casos de especial relevancia la motivación del juez para conocer las razones de su proceder, porque solo el juez de instancia puede apreciar la credibilidad de las pruebas personales. No obstante, la sentencia puede ser revisada en apelación, no en cuanto a la credibilidad de la víctima, sino para valorar la suficiencia la prueba de cargo, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia (que la motivación no sea ilógica e irracional o que no exista motivación).

El juez de violencia sobre la mujer debe pronunciarse en todos los procedimientos relacionados con la violencia género respecto a la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento previstas en el Capítulo IV LOMPIVG (artículo 61.2) .De éstas medidas, en el ámbito de los delitos de injurias, las más utilizadas son las contempladas en el artículo 64 LOMPIVG, apartados 3, 4 y 5, cuya solicitud y adopción seguirá en la mayoría de los casos los trámites previstos en el artículo 544 ter LECrim, regulador de la Orden de Protección, y que en el ámbito de los juicios leves no requieren asistencia de abogado para el denunciado, salvo que la pena sea de multa cuyo límite máximo sea al menos de seis meses(art. 967.1LECr). Por tanto, solo sería obligatorio abogado en el supuesto de las injurias graves sin publicidad (209 CP). Por lo anterior, consideramos que en los delitos leves de violencia de género, debería ser obligatorio abogado.

Como pena accesoria, el art. 57.2 CP establece que se acordará en todo caso, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas

que determine el Juez o Tribunal por un tiempo que no excederá de cinco años si el delito fuera menos grave, lo que ocurrirá en las injurias graves con publicidad. En cambio, estas prohibiciones serán por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses si el delito es leve, y además en este caso son potestativas para el juez en atención a las circunstancias del caso. Por tanto, para la injuria grave sin publicidad (209 CP) y la injuria de género del art. 173,4 CP, esta prohibición no siempre se acordará.

Para el cumplimiento de las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 61.2 LOMPIVG y como penas accesorias (art. 57.2 CP), en agresores mayores de edad, está previsto la utilización de sistemas de control electrónico, tales como pulsera telemática o brazalete electrónico. Estas medidas no son aplicables a los agresores menores de edad. El Juez de Menores solo está vinculado al Código Penal para la tipificación de los hechos, pero no para la aplicación de las penas, que estarán regidas por lo dispuesto en la LORM.

Respecto a la agravante de discriminación por razón de género, es aplicable en su caso a las injurias, cuando el juez aprecie que exista un trato de dominación del varón hacia la mujer por el hecho de serlo, considerándola un ser inferior, con menos derechos, desigualdad de trato, con sumisión y obediencia de la mujer hacia el hombre. Ahora bien, esta agravante, se aplica no solo a los delitos especiales en los que el género es parte de los elementos del tipo, sino también en cualquier otro delito en el que se ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer, salvo que esté contemplada la agravante en los propios elementos del tipo. Esta agravante es compatible con la circunstancia de parentesco del artículo 23 CP.

La circunstancia de parentesco del artículo 23 CP, en relación a la violencia de género, se aplicará a las injurias graves con o sin publicidad, porque responde a parámetros objetivables relacionados con la relación de afectividad presente o pasada entre el agresor y la víctima, salvo que esta circunstancia forme parte de los elementos del tipo del ilícito (art. 67 CP), como ocurre en las injurias leves de género del artículo 173,4 CP, pues en ese caso se vulneraría la prohibición *non bis in idem*.

Para agresores mayores de edad, el artículo 44.5 de la LOMPIVG excluye la mediación dentro del ámbito de la violencia de género, y la Ley Orgánica del Poder judicial en el artículo 87 ter, apartado cinco, prohíbe la mediación en el ámbito competencial del juzgado de violencia sobre la mujer. No obstante, algunos autores consideran para los delitos de violencia de género leves y aislados, en los que no exista desigualdad y asimetría entre las partes, que el legislador podría permitir la mediación u otros sistemas autocompositivos, siempre que además se cumplan determinadas condiciones que aseguren el equilibrio entre las partes para llegar a acuerdos válidos. En esta línea de pensamiento, la mediación no debería estar prohibida en los delitos leves

de injuria de género del artículo 173,4 CP y para el delito de injuria grave sin publicidad que también tiene una pena leve.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suarez L (2019) “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1075-1106, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.202>

Arrom Loscos R (2019) *Aproximación a la mediación penal; líneas rojas. Violencia de Género y mediación penal ¿Un reto de futuro?* Civitas, Thomson Reuters

Banacloche Palao J. (2021) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, La Ley, 5ª ed.

Carmona Salgado, C. (2012), *Calumnias, Injurias, y otros atentados al honor perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 1ª ed.

Castillejo Manzanares R., Torrado Tarrío C. y Alonso Salgado C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, 2011, págs. 38- 45.

Cuadrado Salinas C (2015) “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17(1), pp 1-25.

Ferreirós C E. Sirvent A. y otros (2011), *La mediación en el Derecho penal de menores*. Dykinson S.L., Madrid

Guardiola Lago M J (2009). “La Víctima de Violencia de Género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal” *Revista General de Derecho Penal* 12

Jiménez Segado, C (2021) *Delitos de Género y de Violencia Familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*, 1º ed. BOE

Molina Caballero M. J. (2015), “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-24

Pablo Serrano A (2017), *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch.

Perela Larrosa M (2010). “Violencia de género: violencia psicológica” *Foro*, Nueva época, núm. 11-12/2010, pp 353-376

San Cristóbal Reales S (2022). “El principio de oportunidad, Justicia Restaurativa, y Mediación en el proceso penal: Perspectivas de futuro”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 56

Stubbs J (2000).: “Domestic Violence and Women’s Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice”, en Strang H./ Braithzaite J. *Restorative Justice and Family Violence*. Cambridge University Press

Tomé García J.A.(2022) Curso de Derecho Procesal Penal, Dykinson, 3º ed.

Tinoco Pastrana A. (2015) "La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE", en Cuadernos de Política Criminal, Número 115, I, Época II, mayo 2015, pp. 271-308

Izquierdo Téllez, C (2017) "El juicio por delito leve ante el juzgado de Violencia sobre la mujer", Actividad formativa: FC053FS Delitos leves: aspectos sustantivos y procesales. Madrid, 23 y 24 de marzo de 2017
<https://www.fiscal.es/documents/20142/99569/Ponencia+Izquierdo+T%C3%A9lez%2C+C.+Antonio+++pdf/b230f33c-0331-a13d-78f5-dee09ca991dc?version=1.0>