



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO.

Autora:

María Sentís Gimeno

Director:

Eladio J. Mateo Ayala

Facultad de Derecho

2019

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER	4
III. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO	7
1. CONSIDERACIONES GENERALES	7
2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	9
3. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GENERO EN LA LOMPIVG	11
4. CONCEPTO DE PAREJA	13
4.1. ¿Qué se entiende por «análoga relación de afectividad»?	13
5. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS	14
6. DELITOS DE VIOLENCIA DE GENERO	16
6.1. Aplicación de la agravante de discriminación por razón de género	17
6.2. Aplicación de la agravante de parentesco	18
6.3. Los delitos de violencia de género regulados en la Ley 1/2004	18
IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GENERO	21
1. POSTURA JURISPRUDENCIAL	23
V. AGRESIONES MUTUAS	28
1. ESTUDIO DE LA SENTENCIA 677/2018 DE 20 DE DICIEMBRE	29
1.1. Argumentos jurídicos para aplicar el artículo 153.1 CP en las agresiones mutuas	30
1.2. Voto particular de la sentencia	32
VI. CONCLUSIONES	36
VII. APÉNDICE	39
1. LEGISLACION	39
2. JURISPRUDENCIA	39
3. BIBLIOGRAFÍA	40
4. WEBGRAFÍA	41

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
arts.	artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
etc.	Etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado
LECr.	Ley de Enjuiciamiento criminal
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género
p.	página
RAE	Real Academia Española de la lengua
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la violencia está presente en muchos ámbitos de nuestro entorno, se produce en contextos socio-culturales muy diversos como diferentes son también las formas de violencia, siendo la que se ejerce contra las mujeres la que experimenta una mayor reprobación social, no sólo porque ataca el derecho a la vida y a la integridad física y mental, sino porque es una cuestión de derechos fundamentales en la medida que rompe la igualdad entre hombres y mujeres.

Tras siglos de invisibilidad del problema, durante los últimos años, la sociedad española ha ido tomando conciencia, debido en gran parte a la actuación de las organizaciones feministas y a la labor de los medios de comunicación, de la gravedad del problema, hasta ser considerado una verdadera lacra social. Al mismo tiempo, se van produciendo una serie de cambios legislativos que van recogiendo las nuevas demandas sociales, fruto del cual es la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Es precisamente la dimensión de este fenómeno delictivo la que me ha llevado a elegir este tema como objeto de mi Trabajo Fin de Grado con el fin de poder profundizar en él y obtener una satisfacción tanto a nivel académico como personal, no sólo por mi condición de mujer sino por la gran relevancia social de esta cuestión.

Para su elaboración he investigado sobre el tema a través de la lectura de varios libros, así como de artículos y trabajos publicados en páginas web que se mencionan en los apartados relativos a bibliografía y webgrafía, siendo fundamental el estudio y análisis de la jurisprudencia de nuestros órganos judiciales, especialmente del Tribunal Supremo, existente sobre la violencia de género.

El presente trabajo se estructura en dos partes diferenciadas:

La primera parte comienza con un breve repaso a la evolución legislativa del tratamiento penal de la violencia en el ámbito familiar, que servirá para contextualizar su regulación actual, y continúa con un análisis más detallado de la L.O. 1/2004 abordando el concepto de violencia de género que se configura en nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda parte se centra en el estudio de la posible exigencia de un elemento subjetivo en los tipos penales relativos a la violencia de género y su especial incidencia en los supuestos de agresiones mutuas entre los miembros de la pareja. Y, por último, el trabajo finaliza con varias conclusiones que se extraen de las cuestiones que han sido objeto de análisis.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Históricamente, nuestra legislación ha recogido tipos penales que ponen de manifiesto la escasa valoración atribuida a la mujer en la sociedad. Resulta especialmente ilustrativo el uxoricidio honoris causa¹ que suponía la exención o atenuación de la pena para el marido que matara a su esposa sorprendida en adulterio, y que estuvo vigente hasta 1961.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978 comenzó un largo proceso legislativo con el objeto de combatir la violencia en el ámbito familiar del que merecen destacarse, por su especial relevancia, varios textos legislativos extraídos de la relación de los mismos que efectúan los autores Peramato Martín y Martí Cruchaga.²

La **L.O. 3/1989 de 21 de junio**,³ de actualización del Código Penal. En su art. 425 introduce el concepto de “habitualidad” tipificando por primera vez el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Este nuevo tipo penal castiga por igual al hombre y a la mujer que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad y pupilo y menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho. Sólo se castigaba la violencia física habitual, no la psicológica, y para apreciarse la habitualidad se requerían al menos tres actos de violencia ocasional, que considerados individualmente constituían únicamente una sucesión de faltas.

La **L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal**.⁴ En su art. 153 mantenía el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar introducido en la legislación penal en 1989 pero no daba una respuesta específica para la violencia física ocasional en el ámbito familiar.

El código penal de 1995 inicialmente ni siquiera recogía el término violencia doméstica o

¹ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español, Parte general I*, Tecnos S.A., Madrid, 1982, p. 141.

² PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español» en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.27.

MARTÍ CRUCHAGA, V., «El sistema penal frente a la Violencia de Género», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2010, p.160.

³ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>

⁴ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>

violencia de género y resolvía la cuestión mediante la aplicación genérica del delito o falta de lesiones según el daño corporal causado agravando la pena con la imposición de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal por razón de parentesco.

La **L.O. 11/1999 de 30 de abril**⁵, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, creó la pena de prohibición de aproximación, residencia o comunicación, conocida comúnmente como orden de alejamiento, entonces de aplicación potestativa, posibilitando su aplicación también a las faltas y como medida cautelar.

La **L.O. 14/1999 de 9 de junio**⁶, de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr. da un gran impulso a la lucha contra la violencia doméstica con la reforma del art. 153 en varios aspectos:

- Se incluye junto con la violencia física, la violencia psíquica.
- Se amplían las personas protegidas incluyendo también a la exesposa o expareja y a los hijos del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes, o incapaces⁷ que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro.
- Para la determinación de la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados y a la proximidad temporal de los mismos, independientemente de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas dentro del círculo familiar y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

La **Ley 27/2003 de 31 de julio**,⁸ reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica. Este nuevo instrumento para la protección de las víctimas de violencia familiar aúna tanto medidas cautelares penales sobre el agresor con el objeto de evitar la realización de nuevos actos violentos, como medidas civiles relativas a la relación de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, etc., así como la adopción de otras medidas de protección, ya sean de seguridad, de asistencia social o jurídica,

⁵ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A1999-9744>

⁶ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-12907>

⁷ Tras la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, son personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

⁸ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-15411>

sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

La **L.O.11/2003 de 29 de septiembre**⁹, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo la reforma más significativa modificando el art. 173 en relación con el art. 153 CP.

El art. 153 eleva a la categoría de delitos las faltas de maltrato de obra sin lesión, la falta de amenaza leve con armas y las faltas de lesiones en el ámbito familiar, en relación no con la mujer únicamente sino con cualquiera de los familiares o personas del art. 173.2, que amplía el círculo de las personas protegidas como posibles víctimas de la violencia doméstica.¹⁰

A partir de esta ley se distingue el delito de maltrato ocasional (art. 153) y el delito de maltrato habitual (art. 173.2). Éste cambia de ubicación pasando de las lesiones a tipificarse como un delito contra la integridad moral, en coherencia con el bien jurídico protegido en esta figura delictiva.

En lo que respecta a las relaciones de pareja esta ley orgánica introduce una importante modificación eliminando la necesidad de convivencia entre los sujetos activo y pasivo que mantienen una relación de afectividad análoga al matrimonio.

La **L.O. 15/2003 de 25 de noviembre**¹¹, por la que se modifica la L.O.10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, estableciendo en el artículo 57 el carácter obligatorio de la pena de prohibición de aproximación, residencia o comunicación.

La **L.O. 1/2004 de 28 de diciembre**¹², de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supone la culminación del proceso reseñado y que paso a analizar a continuación.

⁹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>

¹⁰ PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar...», *cit.*, p.29.

MARTÍ CRUCHAGA, V., «El sistema penal...», *cit.*, p.165.

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

¹² <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

III. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en adelante LOMPIVG, aprobada por unanimidad de todos los partidos políticos¹³ con representación parlamentaria, es una ley novedosa¹⁴ en nuestro sistema jurídico por la manera de abordar el problema de la violencia contra la mujer, y como dice en su Exposición de motivos pretende «dar una respuesta firme y contundente» creando «**tipos penales específicos**» para combatir este tipo de violencia.

La gran novedad de la ley en materia penal consiste en la creación de una serie de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuera o hubiera sido pareja del autor de la agresión «estableciendo una mayor penalidad para determinadas conductas constitutivas de delito cuando dicho acto se pueda encuadrar dentro de la violencia de género en comparación con conductas de violencia en el ámbito familiar».¹⁵

Por otra parte, concibe el problema de la violencia de género como un fenómeno complejo al que, como también dice la Exposición de motivos, hay que dar una «respuesta global» con un enfoque «integral y multidisciplinar» desde todos los puntos de vista.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico estamos ante una ley que introduce la expresión «violencia de género»¹⁶ dándole un tratamiento específico y diferenciado de la violencia doméstica en la que hasta entonces estaba integrada y a la que pretende dar solución con un tratamiento

¹³ ARANDA ÁLVAREZ, E. *Estudios sobre la ley Integral contra la violencia de género*. Dykinson, S.L. Madrid, 2005, p.13.

¹⁴ Como la califica la Circular F.G.E 4/2005 de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG en el apartado II, p.3 dice: «LA NOVEDOSA LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO»

¹⁵ MARTI CRUCHAGA, V., «El sistema penal frente a la violencia de género», en *Manual de lucha contra la violencia de género*, Aranzadi, S.A, Pamplona, 2010, p.176.

¹⁶ GONZALEZ LUENGO, M., La Ley de violencia de género, diez años después.
<https://uvadoc.uva.es/handle/10324/14734>

jurídico global desde los distintos ámbitos, regulando conjuntamente aspectos preventivos, educativos, sociales, sanitarios, asistenciales, así como legislativos tanto de carácter penal como civil, administrativo, laboral, etc.¹⁷

Estamos ante una **ley integral**, que no se limita a castigar la violencia machista con la imposición de la correspondiente sanción penal sino que recoge una serie de medidas dirigidas a la protección de las mujeres que sufren este tipo de violencia y posibilitar que puedan salir de tal situación: medidas de sensibilización, prevención y detección precoz¹⁸; medidas en el ámbito educativo¹⁹, en el de la publicidad y los medios de comunicación²⁰; medidas en el ámbito sanitario, desarrollando programas de formación del personal con el fin de mejorar el diagnóstico precoz²¹; así mismo, se reconocen derechos a las mujeres víctimas de violencia de género como derecho a la información, a la asistencia sanitaria gratuita, a la asistencia social integral y justicia gratuita²², derechos laborales²³ y económicos²⁴, etc.

Así mismo, la ley refuerza la tutela institucional²⁵, creando dos órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer.

También se refuerza la tutela judicial²⁶ con la creación de los Juzgados de violencia sobre la mujer, que además de competencias en el orden penal conocen también de las causas civiles relacionadas con los casos de violencia: separación y divorcio, maternidad y paternidad, relaciones paterno-filiales, guarda y custodia, prestación de alimentos, etc.

¹⁷ Se desprende de la Exposición de motivos de la Ley 1/2004, p.7.

¹⁸ Contenido en el Título I, art.3 de la Ley 1/2004.

¹⁹ Contenido en el Título I, Capítulo I, arts.4 a 9 de la Ley 1/2004.

²⁰ Contenido en el Título I, Capítulo II, arts.10 a 14 de la Ley 1/2004.

²¹ Contenido en el Título I, Capítulo III, arts.15 y 16.

²² Contenido en el Título II, Capítulo I, arts.17 a 20.

²³ Contenido en el Título II, Capítulo II, arts.21 a 23.

²⁴ Contenido en el Título II, Capítulo IV, arts.27 y 28.

²⁵ Contenido en el Título III, arts.29 a 32.

²⁶ Contenido en Título V, Capítulo I, arts.43 a 56 de la Ley 1/2004.

Resulta curioso que cuando se refiere a instituciones destinadas a la protección de las víctimas, la ley utilice el término «mujer» y no «género» como vemos en los organismos mencionados, o en el Fiscal contra la violencia sobre la mujer, «con ello consigue introducir dentro de la competencia de esas instituciones asuntos que claramente quedarían fuera del objeto de la ley».²⁷

En definitiva, la LOMPIVG es una ley pionera en el ordenamiento jurídico español, tanto como instrumento legislativo como por el tratamiento de la violencia contra la mujer²⁸ al concentrar en un texto legal un conjunto de medidas relativas a ámbitos muy diversos con el objetivo de erradicar esta lacra social.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Al tratar el tema que nos ocupa el primer problema que se nos plantea es de índole terminológico. Coloquialmente hablamos de violencia doméstica, familiar, intrafamiliar, contra las mujeres, de género, machista, sexista, patriarcal, etc., y frecuentemente los utilizamos como si fueran términos sinónimos, lo que da lugar a confusiones, y por ello conviene diferenciarlos:

- La Violencia **doméstica** se circunscribe a los actos de maltrato físico, psíquico, sexual, que se producen en el ámbito del hogar entre los distintos miembros de la familia: padres, hijos, hermanos, etc., y que afectan a la familia como sujeto pasivo de la misma. No prioriza el fenómeno discriminatorio que la mujer sufre en la sociedad y no ve los malos tratos que recibe como un acto de esa discriminación, sino que los integra en el marco de la violencia en el espacio privado o familiar. La legislación de otros países habla de la violencia intrafamiliar.²⁹
- Violencia **contra las mujeres**, es definida por la Declaración de la Naciones Unidas para la eliminación de violencia contra la mujer de diciembre de 1993³⁰ como «todo acto

²⁷ ARANDA ÁLVAREZ, E. *Estudios sobre la ley Integral contra la violencia de género*. Dykinson, S.L. Madrid, 2005, p.25.

²⁸ GONZALEZ LUENGO, M., La Ley de violencia de género, diez años después.
<https://uvadoc.uva.es/handle/10324/14734>

²⁹ ARANDA ALVAREZ, E., *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dykinson, 2005, p.23.

³⁰ Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

violento 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 privada».

- Violencia **contra las mujeres por razón de género**: «se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».³¹ Es, por tanto, una violencia sexista o machista consecuencia de los diferentes roles atribuidos tradicionalmente a las mujeres y a los hombres que colocan a éstos en una superior posición jerárquica.

El término «violencia de género» es una traducción literal de la expresión inglesa *gender violence* y comenzó a utilizarse de manera generalizada³² a partir de la Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín de 1995, la cual ratificó la definición dada por Naciones Unidas y tras reconocer que «las mujeres están en posición de subordinación respecto de los hombres» declara que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su desarrollo. La violencia contra las mujeres a lo largo de su ciclo vital tiene su origen en pautas culturales, la lengua y la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a las mujeres en la familia, en el trabajo y en la sociedad».³³

Por tanto, podemos decir que el concepto de violencia contra las mujeres o de género es un concepto amplio que engloba cualquier acto violento contra la mujer y como sostiene un sector de la doctrina, entre la que se encuentra Delgado Álvarez, alude a:³⁴

- El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las

³¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 6 de junio de 2014.

³² DELGADO ÁLVAREZ, C., *Raíces de la violencia de género*, Aranzadi, S.A., Pamplona 2010, p.44.

MARTI CRUCHAGA, V., «El sistema penal frente a la Violencia de Género», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2010, p.157.

³³ ARANDA ALVAREZ, E., «Estudios sobre la Ley Integral...», *cit.* p.20.

³⁴ DELGADO ÁLVAREZ, C., «Raíces de la violencia de género», en *Manual de lucha contra la violencia de género*, Aranzadi, S.A., Pamplona 2010, p.45.

mujeres.

- La causa de esta violencia.: histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres.
- Los ámbitos en que se ejerce: la pareja, la familia, el trabajo, la cultura, la religión, etc.

3. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GENERO EN LA LOMPIVG

La expresión «violencia de género» fue introducida por la LOMPIVG con cierta polémica³⁵. Incluso la RAE intervino³⁶ para proponer en su lugar «violencia doméstica o por razón de sexo» alegando que género sólo tiene un significado gramatical y que en español no existe tradición de uso de la palabra género como sinónimo de sexo. Finalmente, el legislador rechazó la denominación «doméstica» quizá por sus connotaciones (doméstico como sinónimo de cotidiano, privado, familiar) optando por utilizar «violencia de género».

Sin embargo, frente a la definición amplia recogida en los textos de las instituciones internacionales como la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1993, de la Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín de 1995, y del Convenio de Estambul de 2011, que hemos visto en el apartado anterior, la Ley 1/2004 opta por un concepto más restringido de Violencia de género, limitándolo a la 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»** (art. 1.1.) en su interés por dar una respuesta específica a la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de sus relaciones de pareja heterosexual.³⁷

Como refiere la Circular 4/2005 de 18 de julio de la F.G.E, «Ahora bien, la declaración del artículo primero, no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de

³⁵ DELGADO ÁLVAREZ, C., «Raíces de la violencia de género...», *cit.*, p.45: dice textualmente «si el término para designarla fue motivo de polémica, es porque el modo en que designamos es importante ya que al designar, por un lado damos significados y construimos la realidad, y por otro lado ponemos de manifiesto los valores y la ideología con la que la miramos» (Lledó, 2009)

³⁶ Informe de la RAE sobre la expresión violencia de género. <https://www.uv.es/documentos/género>

³⁷ PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de género e intrafamiliar...», *cit.* p.21.

lo que es violencia de género, aunque a diferencia de los instrumentos supranacionales y autonómicos, la circunscribe, [...] a la relación específica de pareja».³⁸

Se incluyen únicamente las agresiones que se producen en las relaciones de pareja ya sean presentes o pasadas, aún sin convivencia, y en consecuencia, se excluyen del ámbito de la violencia de género muchas manifestaciones de violencia contra las mujeres: evidentemente las que provienen de fuera del círculo personal de la víctima como abusos y agresiones sexuales de desconocidos, trata de mujeres y de niñas, mutilación genital, prostitución forzada, etc., pero también quedan excluidas las que provienen de otros miembros de la familia distinto del marido/pareja o exmarido/expareja como puede ser el padre, hijo, hermano, etc. que constituyen violencia doméstica.³⁹

El legislador se centra en la violencia que se genera en la relación de pareja cuyas consecuencias tienen una mayor dimensión tanto social como personal, puesto que da lugar a una problemática que no surge cuando la agresión proviene de un desconocido. Esta opción parece un desacierto porque la violencia contra la mujer es una cuestión de derechos humanos y no se puede abordar en función de la preocupación social que produce. La muerte de una prostituta a manos de su cliente conmueve menos a la opinión pública que la muerte de una mujer a manos de su marido, pero no es este el criterio que debe adoptar la ley para actuar contra la violencia de género.⁴⁰

Por otra parte, la ley recoge un amplio concepto penal de violencia que «comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». (art.1.3 LOMPIVG)

De esta manera, cualquier manifestación agresiva que se produzca dentro de la pareja o de la convivencia familiar resultará punible, desde un simple empujón entre hermanos, una bofetada de un padre a un hijo hasta una discusión de pareja en la que se profiera una amenaza leve contra el otro. Si bien es cierto que estos comportamientos son reprochables y habría que evitarlos en una relación basada en la igualdad y en el respeto mutuos, podemos afirmar que no todo es maltrato.⁴¹

³⁸ Circular 4/2005 de 18 de julio de la F.G.E relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG, p. 9

³⁹ ORTUBAY FUENTES, M. Diez años de la “ley Integral contra la violencia de género: luces y sombras. www.pensamientocrítico.org/mirort0315

⁴⁰ ORTUBAY FUENTES, M. Diez años de la “ley Integral contra la violencia de género: luces y sombras. www.pensamientocrítico.org/mirort0315

⁴¹ ORTUBAY FUENTES, M. Diez años de la “ley Integral contra la violencia de género: luces y sombras. www.pensamientocrítico.org/mirort0315

4. CONCEPTO DE PAREJA

El concepto de pareja recogido en la LOMPIVG incluye, tanto las relaciones actuales como las finalizadas, ya sean parejas unidas por **vínculo matrimonial como por «análoga relación de afectividad, aún sin convivencia»**. En mi opinión, esta expresión es imprecisa e incluso se podría decir que contradictoria en sus propios términos, pues si en el matrimonio se presume la convivencia (art. 69 del CC.), ¿cómo es posible una análoga (al matrimonio) relación de afectividad sin convivencia?

4.1. ¿Qué se entiende por «análoga relación de afectividad»?

La ley no dice que debemos entender por «análoga relación de afectividad» no sabemos exactamente en qué consiste esa analogía para que estemos ante un delito de violencia de género. Actualmente «...sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal [...] no bastando [...] las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos», deberá tratarse de «relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio) que por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja [...]. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad».⁴²

Lo cierto es que no se exige la convivencia, lo que dificulta establecer con precisión los límites de esta relación de afectividad análoga al matrimonio sin convivencia, máxime en una compleja realidad social como la actual, con multitud de tipos de relaciones afectivas entre las personas.

Si los dos sujetos, activo y pasivo, reconocen la existencia de una relación sentimental entre ellos no hay ningún problema a efectos probatorios. Tampoco lo habrá si la relación puede deducirse de la existencia de ciertos elementos como contrato común de arrendamiento, cuentas bancarias conjuntas, etc., en cambio, sí podría haberlo ante la ausencia de tales elementos cuando el agresor niegue la existencia de tal relación aduciendo que se trata simplemente de una amistad o de relaciones sexuales esporádicas sin vínculos afectivos. En estos casos, como medio de prueba habrá que acudir a los testigos pertenecientes al entorno de los implicados o a los posibles mensajes de WhatsApp o

⁴² STS 8962/2011 de 23 de diciembre.

correos electrónicos que se hayan podido enviar entre ellos.⁴³

En definitiva, para hablar de violencia de género, será exigible una relación con cierta permanencia y estabilidad.⁴⁴

5. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

En cuanto a los sujetos de este tipo de delitos, el sujeto activo ha de ser necesariamente un **hombre**⁴⁵ y a esta conclusión se llega a través de una interpretación sistemática de los distintos preceptos referidos a los delitos de violencia de género en relación con la propia LOMPIVG.

El sujeto pasivo no hay duda, que, debe ser necesariamente una **mujer**⁴⁶, pues los preceptos legales se refieren expresamente a la víctima como la esposa o mujer del agresor, debiendo existir entre ambos una relación matrimonial, de pareja o sentimental actual o finalizada con convivencia o sin ella.

De ello, se deduce que **las parejas del mismo sexo quedan excluidas**⁴⁷ del ámbito de protección de la ley.

En cuanto a las parejas homosexuales masculinas su exclusión es evidente puesto que el sujeto pasivo del delito, como hemos dicho, ha de ser necesariamente una mujer al tratarse de la «violencia que se ejerce sobre las mujeres».

«...ocurre [...] que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo [...] es la persona que sea o haya sido esposa o mujer que éste o haya estado ligada al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo de sexo

⁴³ PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de...», *cit.* p.46.

⁴⁴ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de octubre de 2018, negaba la existencia de la relación de afectividad análoga al matrimonio en una relación sin convivencia de tres meses de duración en la que se desconocían la frecuencia de los encuentros, el grado de compromiso, los propósitos futuros de los miembros de la pareja, ni constaban obligaciones comunes de carácter pecuniario de ninguna índole.

⁴⁵ PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de genero...», *cit.* p.45.

⁴⁶ PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de genero...», *cit.* p.45.

⁴⁷ MARTÍ CRUCHAGA,V., «El sistema penal...», *cit.* p.174.

masculino...».⁴⁸

En cuanto a las parejas de lesbianas⁴⁹ la cuestión podría no estar tan clara ya que los preceptos que regulan estos delitos utilizan la expresión «el que...», interpretada siempre en el Código Penal de forma neutra, para referirse al sujeto activo de los mismos, expresión, por otra parte, utilizada en la inmensa mayoría de los tipos delictivos contenidos en el CP. Pero habrá que tener en cuenta que el mismo art. 1.1 de la LOMPIVG concibe la violencia de género como «una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»⁵⁰ de lo que se puede concluir que el sujeto activo sólo puede ser un hombre, con lo que las parejas de lesbianas también estarían excluidas del ámbito de la violencia de género y entrarían en la violencia doméstica.⁵¹

Por el contrario, las parejas de distinto sexo formadas por **transexuales se incluyen** dentro del ámbito de la violencia de género si el agresor es el varón y la víctima la mujer.⁵²

En este sentido, se pronuncia la sentencia de la AP de Granada 45/2017 de 31 de enero⁵³ en resolución de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Motril de fecha 29 de septiembre de 2016 aplicando el art. 153.1 CP a un transexual.

El acusado nació mujer y cambió su sexo, teniendo la condición sexual de varón adquirida tras un expediente gubernativo seguido conforme a la normativa del Registro Civil (Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas) por lo que considera la sentencia de la AP de Granada que como a cualquier varón le será de aplicación el art.

⁴⁸ STS 1068/2009 de 4 de noviembre.

⁴⁹ IGLESIAS CANLE, I.C y LAMEIRAS FERNANDEZ, M. «La tutela judicial en el ámbito de la violencia de género: la promoción real del principio de igualdad» en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.95.

⁵⁰ Como excepción, se puede citar la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander que apreció violencia de género en una agresión en un matrimonio de mujeres.

⁵¹ Así, la sentencia de fecha 19 de junio de 2015 del Juzgado de lo Penal nº5 de Madrid confirmada en apelación por la A.P. de Madrid en sentencia 894/2015 de 2 de noviembre excluye la aplicación del art. 153.1 CP a una pareja de lesbianas “...al no tratarse de un delito de violencia de género sino de delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.2 CP.

⁵² MARTÍ CRUCHAGA, V., «El sistema penal...», *cit.* p.174.

⁵³ Sentencia de la AP de Granada 45/2017 de 31 de enero.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasemato>

153.1 CP.

Como recoge la propia sentencia de la AP de Granada, son más frecuentes las resoluciones en que la condición transexual afecta a la víctima, es decir, supuestos en los que resulta de aplicación el art. 153.1 CP cuando la víctima ha cambiado su inicial sexo masculino y en la actualidad es mujer.⁵⁴

No obstante, como opina Palop Belloch⁵⁵, no será necesario inscribir el cambio de sexo en el Registro Civil, pues como recoge la Circular de la F.G.E. 6/2011 «si se acredita su condición de mujer a través de informes médicos e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales [...] pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género».⁵⁶

6. DELITOS DE VIOLENCIA DE GENERO

El Título IV de la Ley 1/2004 dedicado a la tutela penal (arts.33 a 42), introduce modificaciones en varios preceptos del CP que si bien ya habían sido objeto de reformas anteriores con un tratamiento diferenciado, la LOMPIVG deja patente esa diferenciación al tipificarlos como delitos de la violencia de género⁵⁷, entendiendo por tales todos «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad».

Así, pues, no existe un *numerus clausus* de delitos de violencia de género. En principio, **cualquier delito violento contra una mujer** puede ser calificado⁵⁸, en términos generales, como violencia de género: homicidio, asesinato, lesiones, detención ilegal, trata de mujeres, abuso o agresión sexual, amenazas, coacciones, etc. pueden serlo cuando las conductas se ejerzan sobre las mujeres

⁵⁴ En este sentido, la SAP de Granada mencionada cita las siguientes resoluciones: SAP de Tenerife, Sec5ª de 28 de noviembre de 2014; Auto AP Bilbao, Sec1ª de 8 de marzo de 2010; SAP de Albacete, Sec2ª 60/2006 de 30 de octubre.

⁵⁵ PALOP BELLOCH, M., Estudio conceptual del término «violencia de género» en la ley estatal y autonómica. Foro, nueva época, vol.20, núm.2 (2017): 259-285, p.262.

⁵⁶ Circular de la FGE 6/2011 de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, p.17.

⁵⁷ MARTIN CRUCHAGA, V., ., «El sistema penal...», *cit.* p.183.

⁵⁸ RAMÓN RIBAS, E. «Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual» en *estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII (2013). p.411.

«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». (art.1.1. LOMPIVG)

Frecuentemente, los medios de comunicación hablan erróneamente de violencia de género para referirse a ciertos delitos como el homicidio o la agresión sexual por parte de desconocidos, por ejemplo, es el caso de Diana Quer o de «la manada», cuando en realidad estas conductas están excluidas del ámbito de la violencia de género al no existir entre el agresor y la víctima esa relación matrimonial o de análoga afectividad que exige el art. 1.1 de la ley.

6.1. Aplicación de la agravante de discriminación por razón de género

Esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal introducida por la Ley 1/2015 de 30 de marzo, como dice Rueda Martín «se pretende extender a todos los delitos del Código Penal la agravación derivada del hecho que motivó la creación de los tipos penales de violencia de género ... De este modo, en los casos de homicidio, delitos contra la libertad sexual, robo con violencia o intimidación, etc., en los que el sujeto activo comete el delito motivado por esas razones de «género» sería aplicable la nueva circunstancia agravante».⁵⁹

En su opinión, también se aplicará «la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios contemplada en el artículo 22.4ª del Código Penal a aquellos comportamientos delictivos llevados a cabo por un hombre contra su pareja o expareja sentimental, aun sin convivencia y que no se hayan agravado de forma específica por la [...] LO (1/2004) como el homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.), aborto (arts.144 y ss.), lesiones (arts.147 y ss.), detenciones ilegales y secuestros (arts.163 y ss.), amenazas graves (arts.169 y ss.), coacciones graves (arts.172 y ss.), delitos contra la integridad moral (art.173), delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts.178 y ss.), delitos contra el honor (arts.205 y ss.)».⁶⁰

La profesora Rueda sostiene que, por el contrario, «este nuevo motivo de agravación no podría aplicarse en los [...] delitos tipificados en los artículos 153, 171 y 172 CP, pues ello vulneraría el

⁵⁹ RUEDA MARTIN, M.A., Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. RECPC 21 – 04 (2019) – <http://criminnet.ugr.es/recpc- ISSN 1695 – 0194>

⁶⁰ RUEDA MARTIN, M.A., La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial, Reus, S.A., Madrid, 2012, p.88.

principio ne bis in ídem, toda vez que un mismo hecho (la relación de poder del hombre sobre la mujer) daría lugar, simultáneamente, a dos agravaciones: la genérica del artículo 22.4ª y la progresión de delito leve a delito menos grave prevista en los artículos 153, 171, y 172 CP».⁶¹

6.2. Aplicación de la agravante de parentesco

Podemos preguntarnos sobre la posibilidad de aplicar a los delitos de violencia de género la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art.23 CP como agravante. La respuesta ha de ser negativa, pues en virtud del artículo 67 CP, el parentesco como circunstancia de agravación ya ha sido tomada en cuenta a la hora de configurar el tipo penal.⁶²

Se aplicará como circunstancia de agravación genérica en delitos violentos contra la mujer cometidos por el marido/mujer o expareja que queden excluidos de los delitos específicos de violencia de género, (arts. 148.4, 153.1, 171.4, 172.2 y 173.4), por ejemplo, el homicidio de un marido a su mujer.⁶³ En este sentido se manifiesta la STS 1399/2009 de 8 de enero, cuando dice en su fundamento jurídico 4º que en estos supuestos hay que «excluir [...] la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP)».⁶⁴

6.3. Los delitos de violencia de género regulados en la Ley 1/2004

La Ley 1/2004 hace referencia únicamente a unos delitos en concreto, que son:

- Delito de lesiones del art. 147.1 CP en virtud de lo previsto en el art. 148.4 CP.
- Delito de lesiones leves o maltrato de obra del art. 153.1 CP.

⁶¹ RUEDA MARTIN, M.A., Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. RECPC 21 – 04 (2019) – <http://criminnet.ugr.es/recpc- ISSN 1695 – 0194>

⁶² PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de género...», *cit.* p.47.

⁶³ Criterio mantenido por la representante del Ministerio Fiscal adscrita al Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Zaragoza en consulta realizada por la autora de este trabajo.

⁶⁴ STS 1399/2009 de 8 de enero. <https://supremo.vlex.es/vid/-201107311>

- Delito de amenazas leves del art. 171.4 CP.
- Delito de coacciones leves del art. 172.2 CP.
- Delito de injuria o vejación injusta leve del art. 173.4 CP.

Pero de lo visto hasta ahora podemos deducir que, estos tipos penales relacionados, al igual que los demás delitos violentos contra la mujer, para que sean calificados como violencia de género es necesario que concurran los requisitos ya citados exigidos por el art. 1.1 LOMPIVG, es decir, que el sujeto activo sea un hombre, el sujeto pasivo sea una mujer, mujer y que entre ellos exista una relación matrimonial o análoga de afectividad, aún sin convivencia.

Como opina Teresa Peramato, resulta llamativo que los cambios legales no afectaran a los delitos más graves (homicidio, lesiones con resultado grave, etc.) sino **«sólo a algunos de los tipos penales que [...] sancionan los atentados más leves**, contra bienes jurídicos de la víctima tales como el maltrato ocasional con resultado lesivo leve o sin resultado lesivo, las lesiones menos graves, las amenazas leves y las coacciones leves». El motivo de este proceder del legislador lo explica, tal vez, la consideración de que estas actitudes violentas menos graves son el inicio de un proceso inevitable de agresiones más relevantes. Los psicólogos hablan de ciclo de la violencia: hay una primera fase de acumulación de tensión, una segunda de explosión (agresión) y una tercera de calma. El ciclo se va repitiendo siendo la explosión cada vez más violenta, por lo que el legislador pretende castigar más severamente la violencia en sus inicios para evitar que se repita el ciclo.⁶⁵

Por otra parte, aunque las muertes siempre son más dramáticas y su impacto es mayor, es cierto que sólo representan la parte más visible del fenómeno permaneciendo ocultas las agresiones menos leves, pero más frecuentes.⁶⁶

El Título IV de la Tutela Penal regula unos tipos penales que, con respecto a los casos generales prevén una penalidad más grave para los supuestos que tienen lugar dentro de las relaciones de pareja presente o pasada, y dentro de ésta, aún más grave cuando el autor es el varón y la víctima la mujer.⁶⁷

En definitiva, la ley 1/2004 pretende luchar contra la violencia de género creando unos tipos

⁶⁵ PERAMATO MARTIN, T., «La violencia de género...», *cit.* p.35 y 36.

⁶⁶ ORTUBAY FUENTES, M., Diez años de la ley Integral contra la violencia de género: luces y sombras. www.pensamientocrítico.org/mirort0315

⁶⁷ Como se puede deducir comparando los preceptos correspondientes del Código Penal.

penales específicos que, como dice su Exposición de motivos, incrementen la «sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia» y ello porque la ley tiene por objeto luchar y erradicar un tipo de violencia que es **«manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»**. (art.1.1).

IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Una importante cuestión que se plantea en los delitos de violencia de género consiste en determinar si además de los elementos objetivos del tipo: acción; resultado de lesión o maltrato de obra, amenaza leve, coacción leve o injuria leve, y relación matrimonial o análoga de afectividad presente o pasada, aún sin convivencia, entre la víctima y su agresor; resulta también indispensable la existencia de un elemento subjetivo específico en el tipo penal.

Estamos, evidentemente, ante delitos dolosos y nos preguntamos si además del dolo genérico configurador de este tipo de delitos, es necesario un elemento subjetivo específico, un **animus o intencionalidad que impulse la acción** del sujeto activo con el propósito de sojuzgar y dominar a la mujer, exigencia que, en su caso, vendría impuesta por el art. 1.1. LOMPIVG cuando dice que el objeto de la ley es actuar contra la violencia de género «...como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...».

Autores como Ramón Ribas y Magro Servet, se muestran favorables a la exigencia de un elemento subjetivo adicional y en nuestra jurisprudencia, como veremos más adelante, encontramos resoluciones que consideran que para subsumir los hechos en el ámbito de la violencia de género y aplicar los tipos penales correspondientes (art.148.4, 153.1, 171.4,172.2, 173.4 CP), no es suficiente la concurrencia de la acción, la producción de un determinado resultado y la relación sujeto activo marido-pareja/sujeto pasivo mujer-pareja o ex descrita en el tipo, sino que es exigible que el sujeto activo hombre abuse de su **posición de dominio** sobre el sujeto pasivo mujer y que su comportamiento esté motivado por esa intención de mantener a su víctima en una situación de total sometimiento y subordinación.⁶⁸

Es decir, no bastaría con que la conducta se ajustara a la descripción típica, no procedería la aplicación de los preceptos penales de una manera automática o mecánica, sino que sería necesario que los hechos fueran constitutivos de una manifestación de la discriminación, de la situación de

⁶⁸ RAMON RIBAS, E., Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual, en Estudios penales y criminológicos, vol.XXXIII (2013), pgs.406 y 425.

MAGRO SERVET, V., La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género, Ley penal nº104, Septiembre – octubre, 2013, pgs.126 a 130.

desigualdad del hombre sobre la mujer.

Por su parte, Rueda Martín mantiene que «los delitos que incorporan una agravación circunscrita al hombre que ejerce de forma violenta una posición dominante en la relación de pareja con una mujer – que supone una mayor gravedad de lo injusto –, y con un móvil discriminatorio hacia la misma por razón de su sexo – que supone una mayor gravedad de la culpabilidad –, contienen un elemento del tipo y de la culpabilidad que deben demostrarse que concurren en el caso concreto».⁶⁹

Por el contrario, otros autores como Sanchez Yllera, De la Fuente Honrubia y Puente Segura, opinan que en este tipo de delitos no es exigible ningún elemento subjetivo adicional distinto del dolo. Así, consideran que ni desde una interpretación literal, ni sistemática ni teleológica de dichos preceptos del CP parece deducirse la necesidad de ese elemento subjetivo del injusto para que la conducta del sujeto activo, concurriendo los demás elementos objetivos del tipo, sea subsumible en los referidos tipos penales.⁷⁰

Para estos autores en el art.1.1 LOMPIVG el legislador simplemente expresa la finalidad de la norma, que consiste en actuar contra ese tipo específico de violencia: la que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, limitando su ámbito de aplicación a la que es ejercida sobre las mujeres por sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por análogas relaciones de afectividad, aún sin convivencia, sin que sea necesaria la presencia de ningún otro elemento adicional.

Como dicen De la Fuente Honrubia y Puente Segura, no se trata de investigar la conducta del sujeto activo para averiguar si es o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relación de poder respecto de la víctima, es decir, una conducta machista, ni habrá que exigir como elemento integrante del tipo penal ese ánimo de discriminar a la mujer y ello, no sólo por la dificultad que conllevaría ni porque una conducta aislada, por grave que sea, no puede ser considerada por sí misma manifestación de subordinación y desigualdad y habrá que analizar el conjunto de agresiones

⁶⁹ RUEDA MARTIN, M.A., «La violencia sobre la mujer...» *cit.*, p.92.

⁷⁰ DE LA FUENTE HONRUBIA, F / PUENTE SEGURA, L. Violencia de Género. Aspectos jurídicos-penales fundamentales. CEF, Madrid, 2019, p.83.

SANCHEZ YLLERA, I., Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica), Diario la Ley nº8158, Sección doctrina, Septiembre, 2013. Año XXXIV, Editorial la Ley, p.1.

producidas sino porque esa ha sido la voluntad del legislador.⁷¹

Por tanto, el legislador no quiso «adicionar un componente subjetivo de elemento intencional en la comisión del delito, como sí que lo ha hecho, sin embargo, en otros tipos penales en los que en la conducta típica sí que describe un elemento subjetivo que deberá ser probado»⁷², por ejemplo, el hurto exige en el autor un ánimo de lucro. (art.234 CP)

1. POSTURA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo no ha mantenido una línea uniforme y ha ido cambiando de criterio respecto a este tema.

Inicialmente, encontramos resoluciones en las que nuestro alto tribunal exigía este elemento específico del injusto.

Así, en un principio el T.S. entendía que «...ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género» y aplica al hombre el art. 153.1 por entender que los motivos de la agresión (la ropa que ella llevaba puesta y su negativa a mantener relaciones sexuales) «son expresiones de superioridad machista».⁷³

De manera que, «si [...] no consta que la conducta del acusado, causante de las lesiones leves sufridas por su compañera [...] se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas «machistas» (no procederá), respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 CP».⁷⁴

Igualmente, en su STS 1177/2009 de 24 de noviembre establece que «queda claro [...] que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe

⁷¹ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. / PUENTE SEGURA, L., «Violencia de género...», *cit.* p.84.

⁷² STS 677/2018 de 20 de diciembre. <https://supremo.vlex.es/vid/754580829>

⁷³ STS 58/2008 de 25 de enero FJ 4. <https://supremo.vlex.es/vid/delitos-violencia-domestica-i-38466176>

⁷⁴ STS 654/2009 de 8 de junio. <https://supremo.vlex.es/vid/-76467605>

considerarse, necesaria y automáticamente, como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153. [...] sino **sólo y exclusivamente** – de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de esa ley orgánica de protección integral contra la violencia de género-) cuando el hecho sea **«manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...»**.

Reconoce la sentencia que aunque esta es la realidad más frecuente, hay que admitir excepciones: «[...] como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a esta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respecto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales [...]».

La sentencia continua diciendo que «[...] todo lo expuesto avala la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de **acreditar las circunstancias** concurrentes al realizar la conducta típica, así como el animus que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que debe repetirse una vez más – la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la ley orgánica de la que emana el tipo delictivo.

Paralelamente, el juez o tribunal se encuentra en la misma obligación de respetar los derechos fundamentales del acusado, valorado la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito».⁷⁵

En definitiva, la sentencia recoge el derecho que asiste al acusado a probar que el acto no constituye violencia de género.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido matizando y **cambiando su posición inicial**.

Si resulta acreditada la agresión y la relación de afectividad entre los sujetos, **la motivación será irrelevante**. Así, en una agresión del hombre a la mujer motivada por la utilización de la tarjeta de crédito, se afirma que «...la conducta careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominio, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas. Pero. [...] este precepto (art. 153.1) dispensa protección a la

⁷⁵ STS 1177/2009 de 24 de noviembre, FJ3. <https://supremo.vlex.es/vid/-21686439>

mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de la relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia [...] sobre su conviviente, están perfectamente acreditados [...] y, siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada».⁷⁶

Se descarta la exigencia de un elemento subjetivo del injusto señalando que «el artículo 153, en cuanto tipifica el maltrato de obra, no requiere una intención especial, bastando el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y en la voluntad de ejecutar la conducta que los realiza».⁷⁷

Como señala la STS 856/2014 de 26 de diciembre, «no es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico [...] Este componente «machista» hay que buscarlo en el **entorno objetivo**, no en los ánimos o intencionalidades [...] No hace falta un móvil específico de subyugación o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o, aunque su comportamiento general con su cónyuge o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros de trato de igual a igual».⁷⁸

De dicha sentencia podemos extraer que la situación concreta de mayor o menor desigualdad es irrelevante, lo importante es el **contexto sociológico de desequilibrio** en las relaciones entre hombres y mujeres. Aunque el sujeto tenga la convicción de la plena igualdad entre el hombre y la mujer y en ese caso concreto no exista una desigualdad entre ellos, se va a sancionar más gravemente al varón que a la mujer.

Además, la STS 856/2014 de 26 de diciembre continúa diciendo «[...] que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprochable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario.

⁷⁶ STS 807/2010 de 30 de septiembre, FJ 2. <https://supremo.vlex.es/vid/226905278>

⁷⁷ STS 526/2012 de 26 de junio, FJ8. <https://supremo.vlex.es/vid/-385725428>

⁷⁸ STS 856/2014 de 26 de diciembre, FJ4 www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7253487/Imputabilidad/20150119

Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobare».

Y más adelante añade que «[...] En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito en la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente, aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer...».⁷⁹

Por tanto, podemos deducir que es ese contexto sociológico el que justifica la mayor penalidad de una determinada conducta del varón en las relaciones de pareja y que lleva al legislador a sancionar más severamente las agresiones del hombre sobre la mujer que es o fue su pareja por entender que son más graves y más reprochables socialmente, y esa mayor gravedad social debe conllevar una mayor sanción penal que repercuta en una mayor protección de las mujeres a las que se pretende defender.⁸⁰

Por otra parte, como reconoce la STC 59/2008 de 14 de mayo «El sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye un factor determinante y exclusivo del **tratamiento penológico diferenciado**, no es una cuestión biológica. No es una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino [...] el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

Por tanto, «se trata de la **sanción mayor de hechos más graves** [...] Las agresiones del varón

⁷⁹ STS 856/2014 de 26 de diciembre.

⁸⁰ En este sentido, como recoge la STC 45/2009 de 19 de febrero «...la mujer, por circunstancias sociales y culturales fuertemente arraigadas, se encuentra en una situación especialmente vulnerable en el entorno de la relación de pareja...».

hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».⁸¹

De todo ello podemos deducir que las agresiones del hombre hacia su esposa, actual o anterior, o hacia la mujer con la que está o ha estado unido por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, son merecedoras de una mayor sanción porque son hechos más graves, independientemente de la intencionalidad que motive la actuación del agresor.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, declaró la constitucionalidad del art. 153.1 no exigiendo la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional, argumentando que «...en el art. 153.1 del CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador [...], por lo que el precepto aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción».⁸²

Está claro que para el TC el precepto no exige la presencia de ningún elemento adicional. Siempre que concurren los elementos objetivos del tipo penal se aplicará el art. 153.1 y ello porque, para el legislador, las conductas tipificadas en dicho precepto son en sí mismas, manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

⁸¹.STC 59/2008 de 14 de mayo. <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/show/6291>

⁸² STC 59/2008 de 14 de mayo.

V. AGRESIONES MUTUAS

La exigencia del elemento subjetivo del injusto presenta un especial interés en los supuestos de agresiones recíprocas entre los dos miembros de la pareja, ya que en estos casos ambos se comportan de manera activa, lo que podría entenderse **como inexistencia de una relación de subordinación o dominación** de uno respecto de la otra.

Algunos órganos judiciales como la AP de Barcelona, en su sentencia 360/2007 de 28 de marzo, mantenían un criterio que excluía las agresiones mutuas del ámbito de la violencia de género y defendiendo la no aplicación del artículo 153 CP en estos supuestos ya que «podrían darse situaciones, como las de pelea en **situaciones de igualdad** con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el artículo 153.1 por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger».

Incluso nuestro más alto tribunal mantuvo esta posición respecto a las agresiones recíprocas cuando «adoptando **ambos un posicionamiento activo** en la pelea [...] que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, [...] castigar [...] por la vía del artículo 153 con la pluspunción que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador».⁸³

Igualmente se afirma que «sin ánimo de dominación no habría violencia de género [...] (de manera que) [...] El mutuo acometimiento asumido sería una señal de que no se produce la situación de desigualdad y desequilibrio que según esa concepción está en la base de esas agravaciones penales. Sin ese fundamento hay que acudir a los tipos básicos con la paradoja de que entonces nos saltaremos el art. 153...».⁸⁴

En definitiva, no bastaba la mera situación objetiva de hombre contra mujer (cónyuge o pareja) sino que se trataba de exigir una particular intencionalidad de dominación en el sujeto activo frente a la víctima, de modo que la no concurrencia de este ánimo de dominación excluía la violencia de género y, por tanto, la aplicación del artículo 153 o en su caso, del 171.4 o del 172.2 CP.

En cambio, para otro sector de la magistratura, entre los que se encuentran De la Fuente

⁸³ STS 654/2009 de 8 de junio FJ 2. <https://supremo.vlex.es/vid/-76467605>

⁸⁴ Auto TS de 31 de julio de 2013, Rec. 20663/12. [www.poderjudicial.es>search>doAction](http://www.poderjudicial.es/search?doAction)

Honrubia y Puente Segura, Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Arganda del Rey y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid respectivamente, entendía que la mera circunstancia de que la mujer interviniera en la riña, ya defendiéndose, por supuesto al margen de los posibles supuestos de legítima defensa completa o incompleta, o bien comenzando ella misma la pelea, carece de total relevancia porque por voluntad del legislador, las conductas descritas en los tipos penales, independientemente de otros factores, constituyen una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que precisamente la ley pretende erradicar.⁸⁵

1. ESTUDIO DE LA SENTENCIA 677/2018 DE 20 DE DICIEMBRE

En este último sentido señalado se ha pronunciado recientemente la importante **STS 677/2018 de 20 de diciembre**⁸⁶.

En los hechos enjuiciados, con motivo de una discusión entre los miembros de una pareja, ambos se agreden mutuamente de manera que la mujer comienza dando un puñetazo en el rostro a él y éste le responde con un tortazo en la cara, y después ella le da a él una patada, sin que ninguno de ellos sufra lesiones ni presente denuncia contra el otro.

Los dos encausados fueron absueltos de los delitos de maltrato del art. 153.1 y 153.2 CP en sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Penal nº8 de Zaragoza, contra la que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha 9 de marzo de 2018 confirmando la sentencia apelada.

Ambas sentencias entienden que los hechos no son subsumibles en el art. 153 CP no viéndose afectado el bien jurídico protegido de preservación del ámbito familiar al tratarse de una agresión mutua en la que no hay una parte más fuerte contra otra más débil, sino dos personalidades opuestas y enfrentadas entre sí, y que deben incardinarse en el maltrato de obra del art. 147.3 CP pero no constando denuncia previa de ninguno de los encausados contra el otro, la ausencia de este requisito de procedibilidad hace imposible la existencia de un procedimiento penal.

⁸⁵ DE LA FUENTE HONRUBIA. F / PUENTE SEGURA, L. «Violencia de género...», *cit.* p.85.

⁸⁶ <https://supremo.vlex.es/vid/754580829>

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, que:

- «El elemento de la riña mutua o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado [...] la acción conjunta y recíproca, en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de los miembros de la pareja, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, y tampoco a la inversa».
- «La inaplicación automática del precepto en los supuestos de agresiones recíprocas supone la exigencia de un elemento a modo de exoneración de la responsabilidad penal que, en absoluto, se deriva de la descripción del tipo penal».⁸⁷

1.1. Argumentos jurídicos para aplicar el artículo 153.1 CP en las agresiones mutuas

El recurso fue estimado por nuestro más alto tribunal entendiendo que «los hechos probados constituyen una conducta típica, antijurídica y punible y que tiene perfecto encaje en el art. 153 CP [...] apartados 1 y 2...» y no en el art. 147.3, como dictaminaba la sentencia recurrida, dando para ello varios argumentos, que a modo de conclusiones, se recogen en el fundamento tercero apartado 5 de la sentencia:

- Degradar la conducta a delito del art. 147.3 CP supondría **un beneficio penal** para los agresores. «...el mayor reproche penal del art. 153.1 obedece a que ciertas agresiones presentan una especial gravedad por el ámbito relacional en el que se producen [...] como expresión de una desigualdad estructural de género, que atenta contra la dignidad de la mujer como persona. Pero...si en ese contexto de la agresión la mujer agrede y pasa, también, a ser sujeto activo del delito, la conducta agresora del hombre no puede degradarse por convertirse en unidad de acto en víctima del delito, lo que le supondría un beneficio penológico, si su agresión es contestada con otra agresión por parte de su víctima...»

Por otra parte, tampoco puede degradarse penalmente la conducta de la mujer por el hecho de que el hombre, a su vez, le agrede también.

⁸⁷ Elementos, entre otros, sobre los que se asienta el recurso de casación del Ministerio Fiscal.

- No existe base legal para degradar a delito leve del art. 147.3 CP unos comportamientos agresivos mutuos entre hombre y mujer que son pareja (o expareja) al estar dicha conducta **tipificada** en el art. 153.1 CP para el hombre y 153.2 CP para la mujer.

Como recoge la sentencia en su fundamento tercero «La tipicidad y subsunción jurídica de la agresión recíproca y su inclusión en los apartados 1 y 2 del art. 153CP no puede desaparecer por la circunstancia de que se entienda que ya no existe ilícito penal, porque la mujer no esté en situación de «dominación» por su pareja».

El tipo del art. 153 sólo exige un acto objetivo de golpear o maltratar de obra y una relación sentimental entre los sujetos activo y pasivo, y en la riña mutua hay agresión o maltrato en ambas direcciones, lo que no justifica la degradación penal y la exclusión del art. 153 CP. La agresión mutua no puede cambiar la tipicidad del hecho y degradarlo del art. 153.1 y 2 CP al art. 147.3 CP.

Por respeto al principio de tipicidad penal, si los hechos probados constituyen un acto típico y antijurídico, no existe base legal para absolver o para degradar la tipicidad sólo por la circunstancia de que el sujeto activo, sea, al mismo tiempo, sujeto pasivo.

Como dice el T.S. en la referida sentencia «el legislador [...] no puso cortapisa alguna para el caso de que los hechos contemplados en el art. 153.1 y 153.2 CP se manifestaran de forma coetánea, como es el caso de la agresión recíproca, y no estuvo en su ánimo ni en su voluntad cercenar el ámbito punitivo en estos casos y reenviarlo a otro precepto penal». Otra cuestión es que el sujeto se defienda ante el ataque de otro y entremos en el terreno de la apreciación, o no, de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como la legítima defensa.

- De acuerdo con la sentencia analizada, la agresión mutua no neutraliza «la aplicación del art.153 [...] porque [...] una actitud activa de la mujer – igualmente típica – [...] no excluye la existencia del trasfondo de violencia de género cuando el hombre también agrede en unidad de acto». Es decir, **la agresión mutua no implica necesariamente que la mujer deje de estar en situación de dominación de su pareja**. «Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer [...] en una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad [...] pero ello no quedando desvirtuado por la circunstancia de que la mujer responda a esa agresión con otra agresión y constituir una agresión recíproca».
- El tipo penal del art. 153 no exige un elemento subjetivo del injusto que suponga un ánimo de

dominación cuando existe un ataque del hombre a la mujer como tampoco lo exige cuando el ataque entre los miembros de la pareja es recíproco. **El tipo sólo exige un comportamiento objetivo de agresión.**

El ánimo de agresión no es un elemento del tipo del art. 153 CP en un sentido estrictamente técnico jurídico, puesto que según dice la sentencia objeto de estudio «incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es un elemento del tipo».⁸⁸

Finalmente, el Tribunal Supremo condenó al hombre como autor de un delito del art. 153.1 CP a la pena de seis meses de prisión, y a la mujer como autora de un delito del art. 153.2 CP a la pena de tres meses de prisión, resultado ambos condenados a las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de un año y un día y a la pena de prohibición de aproximación a menos de 200 metros, del domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por el otro y de comunicación por cualquier medio por tiempo de un año y seis meses y costas.

1.2. Voto particular de la sentencia

La STS 677/2018 de 20 de diciembre contiene un **voto particular** formulado por cuatro magistrados de los catorce que componen la Sala sentenciadora cuyo análisis resulta de interés.

Defiende este voto discrepante que para la aplicación del art. 153 CP se requiere, además de la existencia de una lesión leve a la mujer causada por su compañero sentimental masculino, que la acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte de su pareja, lo que justificaría la diferente penalidad para el hombre y para la mujer ante un mismo resultado.

La **mayor penalidad** para el hombre que para la mujer encuentra su justificación en «...la mayor lesividad de una determinada conducta del varón en el marco de las relaciones de pareja, actual

⁸⁸ En esa misma línea se ha pronunciado recientemente la STS 99/2019 de 26 de febrero al decir que «...exigir ese elemento subjetivo del tipo...supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que, en ningún caso, describe tal elemento del tipo...como elemento subjetivo del injusto. Y ello, ni aún cuando actúa un hombre, en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo...»

o pasada, que se caracteriza porque se encuadra en una pauta cultural identificada por la consideración de la inferioridad y sumisión de la mujer respecto del hombre en ese marco de relación [...]. Sin embargo, esta justificación de carácter general [...] **no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto**. Al menos por dos razones

- La primera, porque, aunque [...] esa pauta cultura rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación del ciudadano, [...] la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan.
- Y la segunda, de mayor peso en el ámbito penal, porque no puede presumirse en contra del acusado, sólo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, se actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad [...] Es más; si se admite, como se hace en la sentencia de la mayoría, que el acusado puede probar que no existe el elemento relativo a la dominación y tal prueba excluiría la aplicación del artículo 153.1CP, se está también admitiendo implícitamente que ese es un elemento necesario del tipo. Y si es así, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo»⁸⁹.

Continúa el voto particular, en su punto 4, diciendo que «en consecuencia, **esa pauta cultural** [...] **necesita ser acredita** por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad [...] y de presunción de inocencia. [...] Pero, si se prescinde de ese [...] contexto de dominación, la diferencia de trato [...] no quedaría justificada, vulnerándose el art. 14 de la CE».

Considera el voto discrepante que «con carácter general [...] el art. 153.2CP sería aplicable a ambos integrantes de la relación de pareja, sea cualquiera su sexo. Y, cuando el autor es el varón, la víctima su pareja o expareja femenina y se aprecia el contexto de dominación, entonces y sólo entonces,

⁸⁹ Contenido en el apartado 4 del voto particular.

se aplicará al varón el artículo 153.1 CP».⁹⁰

De manera que «[...] Ese elemento de [...] contexto de dominación [...]. No constituye un elemento subjetivo del injusto. No se trata, pues, de acreditar que el varón pretenda o desee dominar, humillar o subordinar a la mujer». Al contrario, entiende el voto discrepante de la sentencia «[...] que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco de relación caracterizado por esa dominación. Es decir, un marco en el que la mujer es situada como un ser inferior, subordinado al hombre e incapaz de tomar decisiones propias que hayan de ser respetadas como procedentes de un ser humano con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro. Son las circunstancias objetivas de la situación las que permitirán afirmar que ese contexto concurre en cada hecho concreto [...]».⁹¹

[...] Ese **contexto de dominación tiene carácter objetivo** y se manifiesta o resulta de las características de la acción y de las circunstancias que la rodea, y no de la intención del autor». De modo que, la concurrencia de ese contexto de dominación «...no puede presumirse en contra del reo. Debe ser acreditado por las pruebas de cargo, aportadas por la acusación, y debe figurar de forma expresa en los hechos probados de la sentencia condenatoria».⁹²

Mantiene el voto discordante, que en los hechos enjuiciados, la agresión mutua entre los miembros de la pareja se produjo en un **nivel de total igualdad** en el que los dos discuten sobre un aspecto de su vida como podrían discutir con otras personas cualesquiera, sin que existiera ninguna situación de dominación de una sobre la otra.

Por ultimo, recoge que «[...] en esas condiciones, la aplicación del artículo 153.1 al acusado varón, resulta **automática** y mecánica, e implica una presunción en su contra relativa a la concurrencia del elemento objetivo que, según doctrina del Tribunal Constitucional, justifica que la sanción sea diferente y más grave que la que correspondería al otro miembro de la pareja que ejecuta hechos de idéntica relevancia penal. Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico [...] **vulnera el principio de culpabilidad**».⁹³

⁹⁰ Contenido en el apartado 5 del voto particular.

⁹¹ Contenido en el apartado 6 del voto particular.

⁹² Contenido en el apartado 7 del voto particular.

⁹³ Contenido en el apartado 8 del voto particular.

Concluye el voto particular que, por las razones expuestas, no será de aplicación al acusado el art. 153.1 sino que ambos acusados debieron ser condenados como autores de un delito del art. 153.2CP imponiéndose la pena inferior en grado, conforme al art. 153.4 CP dada la escasa gravedad de los hechos.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- Tras siglos de marginación de las mujeres y de invisibilidad de la violencia que sobre ellas se ejerce, hace treinta años comenzó en nuestro país un proceso legislativo dirigido a combatir y erradicar este grave problema, en paralelo a la realidad social que iba tomando conciencia de su verdadera dimensión.

Segunda.- Producto de este proceso normativo es la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, una ley innovadora por la manera de abordar el problema de la violencia contra la mujer al dar una respuesta global desde distintos ámbitos, no exclusivamente penal como se había hecho hasta entonces.

Tercera.- En materia penal, la gran novedad de esta ley radica en la incorporación de unos tipos penales específicos destinados a ofrecer una protección reforzada a la mujer frente a este tipo de violencia con la creación de unas figuras agravadas.

La ley introduce en nuestro ordenamiento la figura de la «violencia de género», con un tratamiento diferenciado de la violencia doméstica en la que había estado integrada, pero frente a la definición amplia de la misma que recogen los textos internacionales, nuestro legislador opta por un concepto más restringido de violencia de género limitándolo a la que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por análogas relaciones de afectividad, aún sin convivencia.

Cuarta.- De ello se deduce la exigencia de tres requisitos objetivos para poder hablar de violencia de género: un sujeto activo, que ha de ser necesariamente un hombre; un sujeto pasivo mujer, y la existencia entre ambos de un vínculo afectivo, matrimonial o no, presente o pasado, sin necesidad de convivencia.

Quinta.- Por tanto, quedan excluidas del ámbito de la violencia de género cualquier manifestación de violencia contra la mujer que no provenga de su marido o pareja o expareja.

También se excluyen las parejas del mismo sexo, tanto masculinas como femeninas, no así los transexuales legalmente reconocidos que quedan dentro del ámbito de protección de la ley.

Sexta.- No existe un *numerus clausus* de delitos de violencia de género. En principio, cualquier delito violento contra la mujer que reúna los tres requisitos mencionados podrá ser calificado como tal. No obstante, la ley hace referencia a unos delitos en concreto, que constituyen el núcleo esencial de

estos delitos: lesiones del art. 147.1 en relación con el art. 148.4 CP; lesiones leves o maltrato de obra del art. 153.1; amenazas leves del art. 171.2; coacciones leves del art. 172.2 e injuria o vejación injusta leve del art. 173.4 CP.

Séptima.- En la doctrina y la jurisprudencia se ha planteado un debate acerca de la exigencia, además de un dolo genérico, de un elemento subjetivo específico del injusto, un animus o intencionalidad que impulse la acción del sujeto activo, exigencia que, en su caso, vendría impuesta por la propia ley cuando dice que tiene por objeto actuar contra la violencia de género «...como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...».

Octava.- Un sector minoritario ha exigido la necesidad de que el hombre abuse de su posición de dominio para poder hablar de violencia de género. Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras unos inicios ambivalentes, se inclinó por descartar la exigencia de este elemento subjetivo.

Para nuestro alto tribunal, la motivación del agresor es irrelevante, no es necesario un móvil de supremacía masculina ni una situación concreta de desigualdad, lo importante es el contexto sociológico de desequilibrio entre hombres y mujeres, y aunque en el caso concreto no exista desigualdad entre ellos, se sancionará más gravemente al varón que a la mujer.

Novena.- El fundamento de este tratamiento penológico diferenciado reside en el carácter especialmente lesivo de las agresiones del hombre hacia su esposa o pareja sentimental o expareja, aún sin convivencia, que para el legislador representan un mayor desvalor que lo hacen merecedor de una mayor sanción, independientemente de la intencionalidad del autor.

Décima.- En los supuestos de agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto presenta un especial interés, pues se podría entender que, aparentemente, es más clara la ausencia de la situación de dominio del hombre sobre la mujer al adoptar ambos una posición activa en la pelea, y que, por tanto, estos supuestos podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la ley.

Sin embargo, la STS 677/2018 de 20 de diciembre, ha resuelto que en las agresiones recíprocas tampoco se exige un elemento subjetivo del injusto consistente en un ánimo de dominio, ya que el tipo sólo exige un comportamiento objetivo de agresión y, por tanto, estas situaciones son perfectamente subsumibles en las figuras penales de violencia de género, lo que permite castigar también en las agresiones mutuas con más severidad al hombre que a la mujer.

Undécima.- La referida sentencia contiene un voto particular, el cual defiende que la mayor lesividad de la conducta del varón fundamentada en una pauta cultural caracterizada por la sumisión y subordinación de la mujer respecto del varón no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto.

Esa pauta cultural deberá ser acreditada, no puede presumirse en contra del reo, puesto que lo contrario nos lleva a una indeseable aplicación automática de los preceptos penales que vulnera el principio de culpabilidad.

VII. APÉNDICE

1. LEGISLACION

CODIGO CIVIL

CODIGO PENAL

CONSTITUCION ESPAÑOLA

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA
VIOLENCIA DE GÉNERO

2. JURISPRUDENCIA

SAP de Albacete 60/2006 de 30 de octubre

SAP de Barcelona 360/2007 de 28 de marzo

SAP de Tenerife 2014 de 28 de noviembre

SAP de Madrid 894/2015 de 2 de noviembre

SAP de Granada 45/2017 de 31 de enero

SAP de Madrid de 31 de octubre de 2018

Auto AP de Bilbao de 8 de marzo de 2010

STS 58/2008 de 25 de enero

STS 1399/2009 de 8 de enero

STS 654/2009 de 8 de junio

STS 1068/2009 de 4 de noviembre

STS 1177/2009 de 24 de noviembre

STS 528/2010 de 28 de mayo

STS 807/2010 de 30 de septiembre

STS 436/2011 de 13 de mayo

STS 8962/2011 de 23 de diciembre

STS 526/2012 de 26 de junio

STS 856/2014 de 26 de diciembre

STS 677/2018 de 20 de diciembre

STS 99/2019 de 26 de febrero

Auto TS de 31 de julio de 2013

STC 59/2008 de 14 de mayo

STC 45/2009 de 19 de febrero

STC 41/2010 de 22 de julio

3. BIBLIOGRAFÍA

ARANDA ALVAREZ E., *Estudios sobre la ley Integral contra la Violencia de Género* Dykinson, Madrid, 2005

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, Tecnos SA, Madrid, 1982

DE LA FUENTE HONRUBIA, F y PUENTE SEGURA, L., *Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*. Ediciones CEF, 2019.

DELGADO ALVAREZ, C., *Raíces de la violencia de género en Manual de lucha contra la violencia de género*, Aranzadi, S.A., Pamplona 2010.

IGLESIAS CANLE, I.C. y LAMEIRA S FERNANDEZ, M.L., *Violencia de género: perspectiva jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MAGRO SERVET, V., *Mac carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género*, Ley penal nº104, septiembre-octubre 2013.

MARCHAL ESCALONA, A.N., *Manual de lucha contra la violencia de género*. Aranzadi, Pamplona, 2010.

PERAMATO MARTÍN, T. *La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español en Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirante lo Blanch, Valencia, 2007,

RAMÓN RIBAS, E., Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual en estudios penales y criminológicos, vol.XXXIII (2013).

ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. Derecho Penal parte especial, COMARES Editorial, Granada, 2016.

RUEDA MARTÍN, M.A., Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. 2019.

SANCHEZ YLLERA, I., Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica) Diario Ley nº8158, Sección doctrina, septiembre 2013, año XXXIV, Edictorial La Ley

4. WEBGRAFÍA

GONZALEZ LUENGO, La ley de violencia de género, diez años después. 2014. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/14734> (fecha de consulta: 10/03/2019)

ORTUBAY FUENTES, M., Diez años de la “Ley integral contra la violencia de género”: luces y sombras. www.pensamientocrítico.org/primer-epoca/mirort0315.pdf (fecha de consulta: 15/03/2019)

RUEDA MARTIN, M.A., Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. RECPC 21 – 04 (2019) – <http://criminet.ugr.es/recpc- ISSN 1695 – 0194> (fecha de consulta: 8/06/2019)

PALOP BELLOCH, M., Estudio conceptual del término «violencia de género» en la ley estatal y autonómica. Foro, nueva época, vol.20, núm.2, 2017. <https://revistas.ucm.es/index/.php/FORO/article/download/59018/4564456546468>