

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Junio

**LA EXIGENCIA DEL CONTEXTO MACHISTA EN LOS DELITOS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO**

THE REQUIREMENT OF THE SEXIST CONTEXT IN CRIMES OF GENDER
VIOLENCE

Realizado por el alumno/a D. María Herrero Álvarez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

In the present work we will make a study about gender violence crimes, trying to find out if the legislator, when defining such violence in the “*Integral Law 1/2004 against Gender Violence*” like the one women suffer as a manifestation of gender discrimination, inequality, and the power relations of men over women, set up this sexist context as a specific subjective element of the criminal type or presumed that any kind of violence against women by their partner constitutes, without more requirements, gender violence. The fact that such reference to a sexist motivation was not introduced in the Criminal Code has resulted in a strong doctrinal and jurisprudential discussion about the necessity for concurrence of the said motivation. To try to clarify this issue, we will analyse the historical evolution of normative regulation about gender violence, observing how, over the years, it has ceased to be an invisible crime, and the increase in the protection of Women has reached limits of dubious constitutionality. Likewise, we will study the different interpretations that doctrine and jurisprudence have done in this respect, valuing the different punitive consequences to which one or another interpretation yields.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Mediante el presente trabajo realizaremos un estudio sobre los delitos de violencia de género, intentando averiguar si el legislador, al definir la misma en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género como aquella que sufren las mujeres como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre éstas, configuraba ese contexto machista como un elemento subjetivo específico del tipo penal o suponía que toda violencia ejercida contra la mujer por su pareja o ex pareja varón constituye, sin más exigencias, violencia de género. El hecho de que tal referencia a una motivación machista no se introdujera en el Código Penal, ha dado lugar a una fuerte discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de concurrencia de la misma. Para intentar esclarecer tal cuestión, analizaremos la evolución histórica de la regulación normativa en materia de violencia de género, observando cómo, con el paso de los años ha dejado de ser un delito invisible, incrementándose la tutela sobre la mujer hasta límites de dudosa constitucionalidad. Asimismo, estudiaremos las diferentes interpretaciones que doctrina y jurisprudencia han hecho al respecto, valorando las distintas consecuencias punitivas a las que arroja una u otra interpretación.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	7
A. Concepto: violencia de género y violencia doméstica.....	7
B. Contextualización y evolución histórica de la regulación en materia de violencia intrafamiliar y de género.....	10
C. Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y su constitucionalidad: STC 59/2008, de 14 de mayo.....	14
III. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.....	20
A. La situación de dominio y sometimiento machista como elemento del tipo penal según la jurisprudencia.....	24
B. La concurrencia del elemento subjetivo en las agresiones mutuas.....	30
C. La diferencia penológica derivada de la exigencia del contexto machista como elemento del tipo: alternativas doctrinales y jurisprudenciales.....	34
IV. CONCLUSIONES.....	38
V. BIBLIOGRAFÍA.....	40

I. INTRODUCCIÓN

La denominada “*violencia de género*” se ha convertido, sin duda alguna, en una lacra que afecta a todos los países del mundo sin excepción; alcanzando también a la sociedad española. Y, es por esto, que el legislador español ha volcado sus esfuerzos en intentar erradicar este mal, facilitando una rápida intervención penal y, más concretamente, una rápida intervención policial. Así, en España ha tenido lugar una avalancha de reformas legislativas cuyo fin ha sido tanto el castigo como la prevención de estos tipos delictivos, siendo de especial trascendencia la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹. Ley controvertida que no ha estado exenta de polémica social, doctrinal e, incluso jurisprudencial. Tanto es así, que se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de la citada norma, entendiéndose que contenía una discriminación negativa hacia el hombre que suponía una vulneración del principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española, así como de, entre otros, el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna².

A pesar de los esfuerzos del legislador, los mecanismos de protección de las víctimas de violencia de género no han dado los frutos deseados; el sistema sigue fallando³. Y, es que, el problema de la violencia de género es un problema estructural intrínseco en la sociedad, más concretamente, en la educación patriarcal⁴, donde el hombre, por el mero hecho de serlo, se considera superior a la mujer, desembocando esto en una situación de dominación y subyugación sobre aquellas.

Pero, ¿qué es la violencia de género?, ¿qué se entiende por violencia de género? El legislador ha dado respuesta a esta cuestión en el artículo 1.1 de la ya mencionada

¹ LO 1/2004 en adelante.

² Sobre la constitucionalidad de esta norma se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 59/2008 de 14 de mayo.

³ Según los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el año 2016 hubo 44 víctimas mortales por violencia de género.

⁴ Según la Real Academia Española de la lengua, el patriarcado es aquella “*Organización social primitiva en que la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje*”.

LO 1/2004 definiéndola como aquella violencia que, “[...] como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.” Es decir que, en virtud del citado precepto, para que un acto de violencia sea considerado “*de género*”, es necesario:

1. En primer lugar, que el sujeto activo del hecho delictivo sea hombre, y el sujeto pasivo, mujer.
2. Que, además, sean o hayan sido cónyuges o que estén o hayan estado ligados por una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia. Es decir, que exista un nexo de afectividad más allá del propio de la amistad⁵.
3. Que exista un contexto machista en el móvil de la agresión, esto es, que la actuación violenta del hombre responda a una situación de discriminación sobre la mujer, por el mero hecho de serlo.

En relación con este último requisito, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004 señala que “... *Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.*” Es decir que, para que un acto de violencia –ya sea física o psicológica– sea considerado “*de género*” es necesario que el mismo responda a un móvil discriminatorio; al abuso de una posición dominante del hombre en su relación de pareja con una mujer por el mero hecho de pertenecer al sexo femenino. Pero, ¿debe exigirse ese contexto machista? ¿o desde que concurran las otras dos circunstancias se presume que existió tal motivación discriminatoria? En este punto la jurisprudencia no es unánime: hay un sector, liderado por diversas Audiencias Provinciales⁶, que considera que dicho elemento de dominio, subyugación o discriminación debe probarse necesariamente para poder aplicar los tipos penales

⁵ Véase SAP Sevilla 545/2007, de 28 de noviembre.

⁶ En este sentido, véase RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012, p. 102.

previstos para combatir la violencia de género mientras que, por otra parte, existe un sector que se distancia de este planteamiento, no exigiendo que tal circunstancia quede probada.

Será esta cuestión en la que se centrará el objeto del trabajo. Para ello, analizaremos el concepto por el que el legislador optó para referirse a este tipo de violencia, intentando indagar si, al tipificar tales conductas como delitos presuponía que cualquier violencia ejercida contra la mujer implicaba, sin más, la realización del delito o, por el contrario, establecía, con su definición, un elemento subjetivo específico del tipo penal. Estudiaremos pues la configuración típica de la violencia de género en lo relativo al carácter discriminatorio y machista que debe estar presente en la violencia ejercida sobre la mujer para que efectivamente sea adjetivada como “*de género*”, así como también examinaremos detenidamente las consideraciones que doctrina y jurisprudencia han expuesto al respecto.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

A. CONCEPTO: VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

La violencia de género se ha definido por el legislador español como “[...]una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”⁷. Asimismo, a esta concepción general sobre lo que es la violencia de género, resulta fundamental añadirle la redacción que se encuentra en el artículo 1.1 de la LO 1/2004⁸, pues es la que contiene la definición de violencia de género sobre la que operan todas las medidas de protección contempladas en la referida Ley.

Así y, en palabras de SUBIJANA ZUNZUNEGUI, este concepto normativo de violencia de género descansa en tres elementos: uno personal, otro objetivo y, finalmente, uno subjetivo: el personal, que sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo sea una mujer con la que mantenga o haya mantenido una relación de afectividad. El objetivo, que se trate de un acto de “*violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*” y, por último, el elemento subjetivo, que consiste en que la “*violencia sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”⁹.

Que el legislador haya elegido la expresión “*violencia de género*” y no otra tiene su explicación en que la misma es consecuencia de la traducción literal del inglés de la

⁷ Exposición de Motivos de la LO 1/2004.

⁸ “*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

⁹ Véase SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (www.criminet.ugr.es/recpc), agosto de 2010, núm. 12-05, pp. 5 y 6.

expresión *gender-based violence* o *gender violence*, que fue difundida como consecuencia del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 bajo los auspicios de la ONU. Con esta expresión se identifica la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal¹⁰.

La expresión “*violencia de género*” es, por tanto, relativamente reciente pues, hasta antes de la promulgación de la LO 1/2004, para referirse a la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres en el ámbito de la pareja, utilizaban indistintamente términos como “*violencia doméstica*”, “*violencia contra la mujer*” o “*violencia machista*”.

Aún en la actualidad, a pesar de haber transcurrido 13 años desde la promulgación de la LO 1/2004, es común la confusión entre los términos “*violencia doméstica*” y “*violencia de género*”. Y, es que, si bien es cierto que ambas tienen lugar en el seno familiar, una apunta a la mujer y otra, a la familia, como sujetos de referencia. Así, podría definirse la violencia doméstica como toda violencia ejercida por cualquiera de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal¹¹.

Ante estos dos conceptos, hay quienes entienden que ambos convergen en un espacio común, de modo que la violencia de género no sería más que una

¹⁰ Informe de la Real Academia Española sobre la expresión “*Violencia de Género*” de 13 de mayo de 2004. Además, este mismo informe propone que el título de la LO 1/2004 sea *Ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo*; excluyendo la expresión “*de género*” por entender que las palabras tienen género (y no sexo) y los seres vivos tienen sexo (y no género).

¹¹ Art. 173.2 CP: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados [...]*”

*“manifestación de la violencia doméstica especificado por la condición sexual de los sujetos implicados (hombre/mujer) y la relación existente entre ellos”*¹². De forma similar lo entiende RUEDA MARTÍN¹³ quien considera que, en realidad, la violencia de género es una especialidad de la violencia en el ámbito familiar, existiendo entre ambos conceptos un elemento común: el ejercicio de una posición dominante por parte del sujeto activo.

Ahora bien, no existe en este punto unanimidad por parte de la doctrina. Así, LAURENZO COPELLO¹⁴ considera que ambos conceptos, aunque emparentados, son fenómenos diferentes en tanto en cuanto sus causas son distintas y, por ello, necesitan de respuestas penales autónomas; entendiendo que *“la posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares, sino de la propia estructura social”*. Opinión que comparte MAQUEDA ABREU¹⁵, al considerar que, en realidad, la confusión entre violencia de género y doméstica es, en ocasiones, incluso interesada, pues existe, a su juicio, una resistencia social a reconocer que el maltrato a la mujer no es una forma más de violencia, sino que constituye una categoría específica de violencia *“instrumental y útil en aras de mantener un determinado orden de valores estructuralmente discriminatorio para la mujer.”*

¹² Véase ÍÑIGO CORROZA, ELENA, Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales, (Coord. MUERZA ESPARZA, JULIO), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2005, pp.15 y 16.

¹³ RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial op. cit., pp. 53 a 61. En el mismo sentido lo expresa junto con BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, en La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006, p. 29.

¹⁴ LAURENZO COPELLO, PATRICIA, La violencia de género en la Ley Integral, valoración político-criminal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (www.criminet.ugr.es/recpc), julio de 2005, núm. 07-08, p. 4.

¹⁵ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, La violencia de género, Entre el concepto jurídico y la realidad social, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (www.criminet.ugr.es/recpc), enero de 2006, núm. 08-02, p. 6.

B. CONTEXTUALIZACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO

Que el legislador decidiera dar una respuesta específica a la violencia existente dentro del ámbito familiar y, más concretamente, a la violencia de género, encuentra su razón de ser, entre otros, en el mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución Española¹⁶, en las diferentes Recomendaciones Internacionales¹⁷ y, especialmente, en el incremento del rechazo colectivo a este tipo de violencia. Y, es que, si bien la regulación es relativamente reciente, el problema no es, en absoluto algo nuevo. La violencia dentro del ámbito familiar ha existido siempre, pero se consideraba un asunto privado, donde el legislador no tenía poder para actuar.

Analizando brevemente la evolución histórica del Derecho Penal español, se advierte cómo, en un primer momento, no es solo que no hubiese tipificación alguna de las conductas violentas ejercidas sobre la esposa, sino que, en palabras de MUÑOZ CONDE, el Derecho Penal era, incluso, machista¹⁸. De igual manera lo entiende GIMBERNAT ORDEIG¹⁹, quien considera que, con brutalidad y descaro se protegía el honor masculino en detrimento de los derechos de la mujer; siendo fiel reflejo de ello el artículo 428 del Código Penal de 1944 que castigaba el adulterio señalando que *“el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a*

¹⁶ *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

¹⁷ Tales como la *“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”*, firmado en 1979 por las Naciones Unidas, o la *“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, la cual reconoce *“la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos”*.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 159.

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, La mujer y el Código Penal español en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, p. 78.

alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si le produjera lesiones de otra clase, quedará exento. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”²⁰. Por supuesto, nada se contemplaba en la norma si era la mujer quien sorprendía al marido en esas mismas circunstancias. Era pues, el propio legislador, el que admitía, consolidaba y justificaba las conductas derivadas del “*la maté porque era mía*”; tipificando una conducta tan reprochable como el asesinato con una pena irrisoria – teniendo en cuenta cuál era el bien jurídico lesionado-, llegando incluso a dejar impune al marido a pesar de haber atentado contra la integridad física de la esposa adúltera. En palabras de GIMBERNAT ORDEIG “*frente a la mujer y el amante que se habían atrevido a lesionar el honor masculino no había piedad*”²¹.

El Código Penal de 1944 fue reformado en el año 1963²², desapareciendo el citado artículo 428, mas el delito de adulterio, regulado en los artículos 449 para la esposa y en el 452 para el marido, no se despenalizó hasta 1978²³. Así, tras la reforma de 1963, el adulterio de una mujer casada podía ser penado con hasta seis años de prisión mientras que, por el contrario, si la infidelidad provenía del marido – denominada, en este caso, amancebamiento y no adulterio- solo se le castigaba si tenía a la manceba dentro del hogar familiar o notoriamente fuera. De este modo, el legislador reproducía la mentalidad machista de la sociedad, que valoraba muy negativamente la sexualidad de la mujer fuera del matrimonio, mientras que normalizaba las mismas conductas si eran llevadas a cabo por el hombre.

Pero no solo en el ámbito penal se manifestaba tal desigualdad. Así, el adulterio también tenía consecuencias civiles distintas en función de quién la hubiese cometido

²⁰ Precepto que reproducía prácticamente con exactitud el artículo 438 del Código Penal de 1870.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, La mujer y el Código Penal español en Estudios de derecho penal, op. cit., p.79.

²² Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, desarrollada posteriormente por los Decretos de 24 de enero de 1963 y 28 de marzo de 1963.

²³ Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre la despenalización del adulterio y el amancebamiento.

pues, tal y como contemplaba el artículo 105 del Código Civil, si la infiel era la esposa, ello constituía causa de divorcio “*en todo caso*”, mientras que si la deslealtad provenía del marido, solo constituiría causa de divorcio “*cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer*”²⁴. Y, es que, cabe recordar que la redacción del Código Civil también consagraba una absoluta desigualdad entre los sexos, limitando los derechos de la mujer en cuanto a la administración de sus bienes, la aceptación de una herencia, el acceso a puestos de la función pública, etc. Así, por ejemplo, el artículo 57 del Código Civil²⁵ imponía a la esposa un deber de obediencia al marido, al que colocaba en una situación de superioridad; y que no desapareció hasta la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, pasando entonces a señalar que “*el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos*”.

Por lo que respecta a los delitos de violencia en el ámbito familiar, no es hasta 1989 cuando, mediante la LO 3/1989, de 21 de junio, se modifica el Código Penal de 1973 creando un delito específico de violencia habitual en el seno familiar; el artículo 425²⁶. Fue este el primer intento del legislador español de castigar expresamente la violencia dentro del ámbito de la familia.

El siguiente paso fue la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la que se introduce el delito de violencia habitual en el artículo 153, aunque no variaba sustancialmente de lo ya regulado en esa materia²⁷.

Por la ley 14/99, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento

²⁴ El art. 105 CC contemplaba las causas legítimas del divorcio.

²⁵ Art. 57 CC “*El marido debe proteger a su mujer y esta obedecer al marido*”.

²⁶ Art. 425 CP “*El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerciere violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, asó como sobre los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor*”.

²⁷ Con la nueva redacción se amplió el campo de potenciales sujetos pasivos a los ascendientes y a los hijos propios o del cónyuge conviviente que no estuvieran sometidos a la patria potestad siempre que existiera efectiva convivencia. Asimismo, se agravó la pena prevista, pasando de un mes y un día a seis meses de privación de libertad (arresto mayor) a la de prisión de seis meses a tres años.

Criminal se reforma el mencionado artículo 153 incluyendo, por primera vez, la violencia psíquica como conducta típica junto a la de violencia física. Asimismo, se introdujo un concepto de “*habitualidad*” específico y propio para este delito y, en cuanto a las sanciones, se incluyó como pena accesoria en delitos y faltas relacionados con la violencia en el ámbito familiar el “*alejamiento de la víctima y de sus familiares*”.

A pesar de ello, la insuficiencia de la respuesta penal existente en el momento ante la incidencia de hechos violentos en el ámbito familiar en la sociedad española, derivó en la necesidad de una nueva reforma, que culminó en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. A través de ella, el delito de violencia habitual pasa a regularse en el artículo 173.2 del Código Penal, abandonando por tanto, el capítulo de las lesiones e incorporándose al Título VII del Libro II, dedicado a “*las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”. Así, se reconocía que el bien jurídico protegido no era la integridad física, sino la integridad moral; línea en la que ya se había manifestado el Tribunal Supremo, señalando en su STS 927/2000, de 24 de junio, que “[...] *el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar*”. En ese mismo sentido, la STS 1161/2000, de 26 de junio “[...] *se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno*”²⁸.

Asimismo, cabe hacer mención a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, pues a través de ella se instaura en España un instrumento fundamental para la protección de las víctimas de la violencia en el ámbito familiar: la Orden de Protección. Así, se prevé la posibilidad de que se puedan adoptar medidas cautelares no solo de naturaleza penal, sino también aquellas de naturaleza civil que fueran necesarias para proteger y velar por los derechos de aquellos miembros de la familia que pudieran verse afectados por tal resolución.

²⁸ En esa misma línea, STS 42/2002, de 22 de enero o STS 805/2003, de 18 de junio.

De igual manera, cabe hablar de la Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal pues, a través de ella se modifica el artículo 57 del Código Penal, regulador de la pena accesoria de acudir a determinados lugares, de aproximación a la víctima y de comunicación con ella, dejando atrás el carácter potestativo con el que se había instaurado y pasando, por tanto, a ser una pena obligatoria para todos aquellos supuestos de violencia en el ámbito familiar. En este punto, PERAMATO MARTÍN²⁹, considera que la pena de aproximación a la víctima, en tanto que pena accesoria impropia de naturaleza preventiva, no debería ser impuesta de forma sistemática en todos los casos, sino solo cuando el órgano de enjuiciamiento apreciara una situación de riesgo objetiva para la víctima. De igual manera, mediante la 15/2003 se modificaba también el artículo 468 del Código Penal, regulador del delito de quebrantamiento de pena accesoria del artículo 57.2 del Código Penal, pasando así de castigarse con pena de multa a hacerlo con pena de prisión de 3 meses a un año.

A pesar de todas estas modificaciones legislativas, la reforma más importante en esta materia tuvo lugar en el año 2004, con la aprobación de la controvertida Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Y, es que, hasta entonces, todas las novedades legislativas que se habían ido introduciendo tenían que ver con agravar las consecuencias penales previstas para conductas constitutivas de violencia doméstica; pero no específicamente con la violencia de género.

C. LA LEY 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU CONSTITUCIONALIDAD: STC 59/2008, DE 14 DE MAYO

La aprobación y posterior entrada en vigor de la L.O. 1/2004 responde, tal y como señala su propia Exposición de Motivos, al hecho de que la violencia de género

²⁹ PERAMATO MARTÍN, TERESA, La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español, en Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial, (Coords. IGLESIAS CANLE, INÉS CELIA/ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, MARÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.30.

había dejado de ser un “*delito invisible*”; causando un “*rechazo colectivo y una evidente alarma social*”.

Es cierto que en el Código Penal existían desde antes de esta nueva reforma tipos delictivos y sanciones más que suficientes para los casos más graves de asesinatos, homicidios, lesiones graves y demás pero, tal y como apunta MUÑOZ CONDE, estos casos no son más que la punta del iceberg³⁰ y, es por eso, que todas las reformas que se fueron introduciendo en el Código penal desde el año 1989 pretendían atajar el problema anticipando la intervención del derecho penal, introduciendo nuevos tipos penales de controvertida aplicación e interpretación.

En consecuencia, con la idea de dar una respuesta efectivamente especializada a la violencia sufrida por las mujeres dentro del ámbito de la pareja, se crea por primera vez una jurisdicción especializada, pues, tal y como se señala en la Exposición de Motivos, se trataba de “*garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.*” Para ello, se crean los Juzgados de Violencia sobre la mujer, regulados en el Capítulo I, Título V de la mencionada L.O. 1/2004, modificando a tal efecto la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, mediante la inclusión de los artículos 87 bis y 87 ter.

Asimismo, se prevé en la norma la especialización de una o más secciones de la Audiencia Provincial, para que sean éstas las que conozcan de los recursos que se interpongan contra resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para el enjuiciamiento en primera instancia de aquellos asuntos para los que tengan competencia y que hubieran sido instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Además, la L.O. 1/2004 introdujo toda una serie de reformas en el ámbito penal: el Título IV “*Tutela Penal*” modificó los artículos 83, 84, 88, 148, 153, 171, 172 y 468 del Código Penal. La característica principal de esta reforma y, precisamente, la más controvertida, es que se castigan con pena superior determinados delitos cuando la

³⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte Especial, op. cit., p.161.

víctima “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*” así como cuando la víctima sea “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”³¹.

El hecho de que la ley estableciera figuras delictivas en función de la condición sexual de víctima y autor dio lugar a numerosas cuestiones de inconstitucionalidad, en tanto en cuanto se entendía que esta respuesta penal suponía una vulneración de, entre otros, el derecho de igualdad y derecho a la no discriminación contenido en el artículo 14 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, sin embargo, declaró la constitucionalidad de la norma en toda una batería de sentencias³², encabezada por la STC 59/2008, de 14 de mayo³³; cuyo ponente fue el Magistrado Pascual Sala Sánchez.

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional responde a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm.4 de Murcia, en relación con el artículo 153 del Código Penal por la redacción dada al mismo por el artículo 37 de la LO 1/2004. Y, es que, tal precepto prevé una pena distinta en función de quién sea la víctima del maltrato ocasional: pena de prisión de 6 meses a un año cuando la víctima “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia o*

³¹ Entiende MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA en La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral. Revista Penal, núm. 18, 2006, pp. 179 y 180; que esta ampliación del ámbito de protección de la ley a otras personas especialmente vulnerables genera inconvenientes, resultando a su juicio inaceptable que el instrumento de tutela para estos sujetos sea una ley orientada a combatir la violencia de género, en tanto en cuanto parece un intento de eludir la especificidad del fenómeno de la violencia contra la mujer. De forma distinta lo entiende RAMON RIBAS, EDUARDO, en Los delitos de violencia de género, Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIII, diciembre de 2013, p. 437, quien considera esta referencia a personas especialmente vulnerables como una forma de salvaguardar el principio de igualdad, en tanto en cuanto permite incluir a los hombres como sujetos pasivos del delito previsto en el artículo 153.1 CP.

³² Además de la STC 59/2008, de 14 de mayo, cabe hacer mención a las SSTC 76/2008, de 3 de junio, 45/2009, de 19 de febrero, 107/2009, de 4 de mayo, 127/2009, de 26 de mayo, 151/2009, de 25 de junio, 152/2009, de 25 de junio, 153/2009, de 25 de junio, 164/2009, de 2 de julio, 165/2009, de 2 de julio, 166/2009, de 2 de julio, 167/2009, de 2 de julio, 179/2009, y STC 52/2010, de 4 de octubre, entre otras.

³³ Sentencia que, no obstante, dividió al propio Tribunal, pues 4 de sus 11 vocales formularon Voto Particular.

persona especialmente vulnerable. que conviva con el autor”; y pena de prisión de 3 meses a un año “*cuando la víctima sea cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar*”³⁴. Ante esta nueva redacción se plantea que la misma pueda estar infringiendo el derecho a la dignidad de la persona (art.10 CE), el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y, por último, el derecho a la presunción de inocencia y, en consecuencia, al principio de culpabilidad penal (art. 24.2 CE).

En primer lugar y en cuanto a la posible vulneración del derecho a la dignidad contenido en el art.10 de la Constitución, entiende quien plantea la cuestión de inconstitucionalidad que el equiparar a las mujeres con las personas especialmente vulnerables en el artículo 153.1 del Código Penal, supone vulnerar el derecho a la dignidad de las mujeres; considerándolas particularmente susceptibles de ser agredidas o de sufrir un daño por el mero hecho de ser mujeres y entrañando, por tanto, cierto menosprecio³⁵. El Tribunal Constitucional reconoce que esta interpretación sería contraria a la dignidad de las mujeres y, por ello, matiza que no es esta la interpretación que debe hacerse, así como tampoco es la consideración del legislador, quien entiende que ciertas agresiones que se producen entre parejas o ex parejas “*se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima*”.

En segundo lugar, declaró también el Tribunal Constitucional, que tal diferenciación contenida en el Derecho Penal es perfectamente compatible con el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución en tanto en cuanto este permite un trato diferenciado siempre y cuando: el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y, por otra parte,

³⁴ LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), Barcelona, febrero de 2009, p.5.

³⁵ También MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral. Revista Penal, op. cit., p. 180, considera que con todas las medidas de tutela reforzada se transmite una imagen de debilidad y desvalimiento que no hace bien a “la causa de las mujeres”.

que las consecuencias no sean desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación.

Así, considera el Alto Tribunal que el tratamiento diferenciado queda justificado por motivos de prevención general: *“tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”*. En ese mismo sentido, entiende RUIZ MIGUEL³⁶ que el legislador ha conseguido resaltar de una forma llamativa la gravedad de la violencia dentro de la pareja, siendo precisamente esta diferenciación lo que aumentaría el pretendido efecto preventivo.

Asimismo, el TC no solo justifica la diferencia de penalidad por cuestiones preventivo-generales sino que considera que la sanción prevista es mayor porque realmente los daños causados en la víctima son también mayores *“[...] por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.”*, teniendo una *“[...]lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres”*³⁷.

El Tribunal analiza también si las consecuencias penales previstas son realmente desproporcionadas, entendiendo que no lo son, en tanto en cuanto la diferencia se produce en el mínimo de la pena³⁸ que, además, en ambos tipos es alternativa la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y por último, que el artículo 153.4 contempla la posibilidad de que, *“en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”*, se imponga una pena inferior en grado, de modo que, si es privativa de libertad, ya coincidiría con la pena prevista en el apartado segundo del artículo 153.

³⁶ RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “La ley contra la violencia de género y discriminación positiva”, Jueces para la Democracia, nº55, 2006, p. 44.

³⁷ En un sentido similar, LARRAURI PIJOAN, ELENA, en Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p. 11. Considera que la mayor gravedad –y, consecuentemente, la mayor penalidad- de la conducta del hombre se debe a dos motivos: *“por el mayor temor que la agresión de un hombre ocasiona y la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo”*.

³⁸ El artículo 153.1 del Código Penal prevé una pena de prisión de seis meses a un año, frente al 153.2, cuya prevención es de tres meses a un año.

Por último, se pronuncia también el Tribunal Constitucional sobre la posible vulneración del principio de presunción de inocencia contemplado en el art.24.2 de la Constitución española y, en consecuencia, del principio culpabilidad; vulneración esgrimida en la cuestión de inconstitucionalidad objeto de la resolución³⁹. En este sentido, manifiesta el Tribunal que no se presume un mayor desvalor en la conducta de los varones que aumente su culpabilidad, sino que debe constatarse esa mayor lesividad “[...]a partir de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”. De igual modo, señala el Tribunal que, de ningún modo se está atribuyendo al hombre una responsabilidad colectiva, esto es, no se le castiga con una pena mayor por el mero hecho de ser hombre y pertenecer a un grupo tradicionalmente opresor, sino “por el especial desvalor de su propia y personal conducta”.

Esta cuestión en concreto es, probablemente, la que más controversia ha generado dentro de la doctrina, pues hay quien considera que se habría pasado de un derecho penal de víctimas, a un derecho penal de autor. De hecho, el propio CGPJ⁴⁰, calificó la regulación contenida en la Ley como una “frontal vulneración del principio de igualdad” y del principio de culpabilidad, consagrando “un derecho penal de autor [...] incompatible con la Constitución”, apreciación que no comparte LARRAURI PIJOAN, quien considera “apresurado” tildar la LO 1/2004 de “derecho penal de autor”, pues solo podría considerarse así si se concluyera que no existen motivos que justificaran que se imponga en esos casos una pena mayor.⁴¹

³⁹ También el Consejo General del Poder Judicial, en informe de 24 de junio de 2004, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer consideró que la mayor severidad punitiva “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”, p. 44.

⁴⁰ Véase citado informe del CGPJ, pp. 44 y 45.

⁴¹ LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p.9. De forma similar lo entiende LAURENZO COPELLO, PATRICIA en La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal (www.criminet.ugr.es/recpc), op. cit., p.17,

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL CONCEPTO NORMATIVO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Examinar el elemento subjetivo que, según un sector doctrinal y jurisprudencial, descansa en el concepto normativo de la violencia de género, implica tener en cuenta que la LO 1/2004 no nace para combatir cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer sino, tal y como dispone en su artículo 1.1, su objetivo es actuar contra la violencia practicada sobre la mujer por parte del varón que es o ha sido su pareja “*como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”⁴². Asimismo, es imprescindible prestar atención a lo contenido en la Exposición de Motivos de la citada norma, que se refiere a la violencia de género como “*el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad [...] una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”.

Así, a partir de lo dispuesto por el legislador en los preceptos referidos, no cabe duda de que la violencia que se pretende erradicar con esta norma no es cualquier violencia ejercida por los hombres sobre las mujeres que son o han sido su pareja, sino aquella que tiene lugar por suponer una manifestación discriminatoria, de desigualdad o poder.

Ahora bien, el Código Penal, a partir de las modificaciones introducidas como consecuencia de la LO 1/2004, no hace mención alguna a este elemento subjetivo del

recordando que “*las nuevas agravantes no se circunscriben a en función de las características del autor del delito sino a partir de una serie de circunstancias asociadas de modo exclusivo al sujeto pasivo. Es el sexo de la víctima y no del autor lo que juega como dato decisivo para definir y dar sentido a las agravaciones.*”

⁴² En STS 1177/2009, de 24 de noviembre, el Alto Tribunal define ese contexto machista como “*conducta del varón que es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer, colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales*”.

injusto, sino que se limita a agravar la pena en aquellos supuestos en los que “*la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”, omitiendo pues, cualquier referencia al contexto de dominación y centrándose únicamente en el aspecto objetivo de la violencia de género, lo que ha dado lugar a una fuerte discusión doctrinal y jurisprudencial. Así, existe una corriente que no aprecia esta circunstancia de dominación o machismo como un elemento configurador del tipo penal, sino que consideran la redacción del ya mencionado artículo 1 de la LO 1/2004 como una mera una declaración de intenciones del legislador.

En este sentido, entiende MAGRO SERVET⁴³ que tal referencia a la discriminación, situación de desigualdad y relación de poder de los hombres sobre las mujeres del artículo 1.1. de la LO 1/2004, constituía una simple reflexión del legislador que, en realidad, nada tenía que ver con una promulgación de los elementos subjetivos que deben integrar el tipo penal. No obstante, admite también que, el hecho de que tal declaración se incorporara en el articulado de la norma y no solo en la Exposición de Motivos de la misma, la convierte en derecho positivo y, por tanto, en materia susceptible de interpretación.

De manera similar lo entiende SÁNCHEZ YLLERA, al considerar que exigir que quede probado en cada caso concreto que el uso de la violencia en una relación de pareja se manifiesta como una pretensión subjetiva de dominación y discriminación, “*se traduce en la indebida aplicación de la reforma penal introducida por la LO 1/2004*”. Entiende que, aún hoy la violencia intrafamiliar es una realidad social que afecta especialmente al colectivo femenino y que, además, exigir que quede acreditada la concurrencia de un elemento subjetivo adicional del injusto no encuentra apoyo en la dicción literal del precepto. Asimismo, añade que exigir un elemento intencional específico sería contradecir la evolución legislativa pues, observando con perspectiva la evolución de la regulación penal sobre los delitos de violencia dentro del ámbito de la

⁴³ MAGRO SERVET, VICENTE, La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género, La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº104, 2013, pp. 126 a 130.

pareja, “*resulta obvio que la reforma de 2004 no quería dar un paso atrás en la protección de la mujer, sino hacia delante [...]no es mínimamente sensato pensar que la ley quería excluir del ámbito de aplicación de la violencia doméstica —así se la consideraba hasta 2004— aquellas agresiones protagonizadas por el varón sobre las que se pudiera argumentar que no tenían ánimo de dominación a cambio de agravar aquellas en las que se pudiera argüir que tal objetivo sí estaba presente*”⁴⁴.

También ARÁNGUEZ SÁNCHEZ⁴⁵ considera que, en tanto que la redacción de los artículos 148.4 –en relación con el 147-, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal no introduce ninguna referencia a esa circunstancia de dominación, no existe base alguna que justifique la introducción de ese requisito a la hora de interpretar los delitos de violencia de género. Asimismo, entiende que exigir ese ánimo de dominación como elemento subjetivo del tipo generaría un enorme problema en la práctica, en tanto en cuanto acreditar la intención del agresor es, en muchas ocasiones, prueba imposible.

En sentido contrario lo entiende RAMÓN RIBAS⁴⁶, quien considera que no puede prescindirse de la circunstancia de discriminación como elemento subjetivo del tipo para que la violencia ejercida por el varón sobre quien es o ha sido su pareja, pueda ser adjetivada como “de género”. Añade, además, que seguir una interpretación de los preceptos del Código Penal estrictamente literal, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo primero de la LO 1/2004, “*implica confundir todo tipo de violencia, sin diferenciar de las restantes las que sean, realmente, de género*”. También RUEDA MARTÍN advierte que, dentro de la pareja, pueden darse diferentes tipos de violencia, siendo necesario constatar cuál es el que se produce en cada caso concreto, en tanto en cuanto ello hará que varíe el tipo penal aplicable. Así, considera que aquello que se ha

⁴⁴ SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica). Diario La ley, nº8158, septiembre de 2013, pp. 4, 5 y 17.

⁴⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP, en Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, (Coords. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS/ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO/ MORILLAS CUEVA, LORENZO/ ORTS BERENGUER, ENRIQUE/ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL), Dykinson, Madrid, 2006, p. 25.

⁴⁶ RAMÓN RIBAS, EDUARDO, Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual, Estudios penales y criminológicos, op. cit., pp. 407 y 435.

denominado como “*violencia en la pareja situacional*”⁴⁷, esto es, la violencia que se da dentro de la pareja pero que nada tiene que ver con un contexto general de poder y control, no puede subsumirse dentro del tipo penal previsto para erradicar la violencia de género, en tanto en cuanto no concurre ese elemento del tipo de discriminación y abuso de poder⁴⁸.

Asimismo, LARRAURI PIJOAN⁴⁹ defiende la existencia de un elemento del tipo implícito que, además, debe probarse. Mas concreta que no se trata de probar un ánimo o un móvil, lo cual es realmente complicado sino, más bien, probar que la agresión se produce en un contexto de dominio machista en el que el sujeto, con conocimiento de ello, lleva a cabo esa agresión o, si no se da en este contexto, probar que la actuación del varón tiene como objetivo dominar y someter a su mujer.

En un sentido similar, FUENTES OSORIO⁵⁰ considera “*más coherente con la finalidad político criminal del art. 153.1 CP sancionar por este tipo únicamente cuando haya una efectiva situación de sometimiento*” pues, de no hacerse así, se estaría dejando en un segundo plano aquello que caracteriza a la violencia de género y que, además, es lo que realmente se quiere erradicar: “*la subordinación o sometimiento machista*”. Asimismo, advierte que sancionar automáticamente por los tipos penales agravados, sin comprobar la situación de dominio y el sometimiento machista, supone infringir los principios de igualdad y de culpabilidad. En cuanto a la infracción del primero, recuerda el autor que la diferencia de los marcos punitivos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 153 del Código Penal encuentra su justificación, precisamente, en ese contexto

⁴⁷ Este término fue acuñado originalmente por JOHNSON como “*Situational couple violence*”, diferenciándola de la denominada “*Intimate terrorism*” -aquella violencia ejercida para obtener el control de la mujer- en “*The Differential Effects of Intimate Terrorism and Situational Couple Violence. Findings from the National Violence Against Women Survey*”, *Journal of family Issues*.

⁴⁸ RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre, Análisis doctrinal y jurisprudencial, op. cit., pp. 93 a 95.

⁴⁹ LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género, Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p.14.

⁵⁰ FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (www.criminet.ugr.es/recpc), diciembre de 2013, n°15-16, pp. 26 a 33.

machista. De este modo, si se prescinde del mismo, la única diferencia entre uno y otro apartado es el sexo del agresor. Por otra parte, en cuanto a la vulneración del principio de culpabilidad, considera que presumir que ese contexto machista está presente en todos los casos hace a cualquier hombre “*responsable de la estructura social machista que se manifiesta en cada agresión a una mujer*”.

Esta discusión se reproduce también en los Tribunales. Y, es que, la redacción del artículo 1.1 de la LO 1/2004 ha dado lugar a interpretaciones restrictivas, -especialmente en la llamada jurisprudencia menor-, basadas en exigir prueba de la concurrencia de un elemento subjetivo o voluntad del autor de discriminar, dominar o subyugar a la que es o ha sido su pareja para poder condenar por alguno de los tipos penales previstos en supuestos de violencia de género. Dentro de esta corriente interpretativa se ha advertido una variante: aquella que presume la existencia de ese ánimo de degradar y dominar con la realización de los actos delictivos del hombre sobre la mujer que es o ha sido su pareja, pero lo configura como una presunción *iuris tantum*; esto es, permite al acusado acreditar que en la comisión del hecho no concurrió ese ánimo y, consecuentemente, no serían de aplicación los tipos penales relativos a la violencia de género.

Finalmente, una última corriente jurisprudencial considera que es suficiente para merecer la aplicación de los tipos previstos para combatir la violencia de género -y, consecuentemente, para merecer una mayor agravación de la pena-, que la conducta típica sea llevada a cabo por el hombre hacia quien es o ha sido su pareja, sin necesidad de probar la existencia de un elemento subjetivo especial del injusto. Esto es, mientras concurren los elementos objetivos del tipo penal aplicable, el ánimo o la motivación individual del sujeto activo resultan indiferentes.

A. LA SITUACIÓN DE DOMINIO Y SOMETIMIENTO MACHISTA COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

En cuanto a la primera línea jurisprudencial antes mencionada, esto es, aquella que considera necesario acreditar la concurrencia de una especial posición de dominio del hombre sobre la mujer para poder enjuiciar por los tipos previstos para los supuestos

de violencia de género, cabe señalar que, si bien es una corriente liderada principalmente por las Audiencias provinciales, también el Tribunal Supremo la ha acogido en algunas de sus resoluciones, siendo de especial relevancia el pronunciamiento contenido en la STS 58/2008, de 25 de enero, en la que reconoce que, para que un hecho merezca la consideración de violencia de género, ha de concurrir *“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”*. Asimismo, añade que *“la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma, se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo.”* En ese mismo sentido, en la STS 654/2009 de 8 de junio, el Tribunal reconoce la necesidad de interpretar la norma penal conforme a un criterio teleológico⁵¹, esto es, interpretar los preceptos modificados a raíz de la entrada en vigor de la LO 1/2004 atendiendo a cuál era la finalidad del legislador en el momento de su creación y, para ello, hace mención a la Exposición de Motivos de la referida norma, concluyendo que, si no consta que las lesiones leves *“se produjeran en el contexto propio de las denominadas conductas machistas”*, no procede *“configurar su conducta como constitutiva de un delito del art.153.1 del CP”*.

Esta línea jurisprudencial ha tenido una especial incidencia en las resoluciones de las Audiencias Provinciales⁵². Claro ejemplo de ello lo constituye la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia -especializada en materia de violencia de género- que,

⁵¹ A los criterios de interpretación de las normas contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil se refiere también la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia 140/2009, de 6 de marzo, llegando a concluir que no solo el texto literal del precepto da *“sentido y contenido a las normas jurídicas”*, sino que debe interpretarse el art. 153.1 CP atendiendo a los *“antecedentes legislativos y a la finalidad de la norma”*.

⁵² Véase SAP Santa Cruz de Tenerife 140/2009, de 6 de marzo, Albacete 257/2009, de 30 de julio, Cantabria 131/2012, de 5 de marzo, entre otras.

en numerosos pronunciamientos, ha reiterado que considera amparada constitucional y jurisprudencialmente la exigencia de acreditación de la situación de desigualdad o de dominio de la mujer en la relación de pareja para la aplicación del tipo previsto en el artículo 153.1 del Código Penal; de modo que, de no existir mención alguna a la intención del hombre de ejercer dominio y subyugación respecto de su pareja o ex pareja, no cabría integrar tales agresiones en los tipos penales agravados previstos para combatir la violencia de género (SAP Murcia 140/2012, de 5 de junio). Así, esta Sección no considera violencia de género una agresión cuando no se proyectan razones de desigualdad⁵³, sino meros *desencuentros por intereses económicos* (SAP Murcia 201/2010, de 16 de julio), así como tampoco considera que se dé un elemento de dominación o subyugación del sujeto activo hacia la víctima cuando *la discusión previa a la agresión gira en torno a la recogida de los hijos de los ex cónyuges* (SAP Murcia 142/2010, de 11 de junio). Del mismo modo, tampoco determinadas actuaciones verbales “*proyectan razones de desigualdad o menosprecio a la dignidad de la mujer*”, ni son constitutivas, por tanto, de un delito de amenazas leves previsto en el artículo 171.4 del Código Penal (SAP Murcia 126/2011, de 17 de junio)⁵⁴.

En un sentido similar pero con alguna variante respecto a quién tiene la carga de probar, se pronuncia la Sección Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre, en la reconoce que “*no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP, [...] sino solo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre*

⁵³ Véase, en el mismo sentido, SAP Castellón 51/2010, de 1 de febrero, que no considera hecho típico de violencia de género proferir amenazas contra la pareja que lo ha obligado a dejar la vivienda común, “*si no, más bien, una reacción puntual derivada de cierta inestabilidad emocional entre ambos*”.

⁵⁴ Esa actuación verbal que, a juicio de la Sala no entrañaba desigualdad o menosprecio hacia la mujer en el supuesto de hecho enjuiciado, era el llamarla “*zorra*”, algo que el Magistrado-Ponente; el Ilmo. Sr. D. Juan del Olmo, consideró que no constituía menosprecio o insulto, sino que describía a “*un animal que debe actuar con especial precaución*”. De este modo, los hechos quedaban tipificados como una falta del ya derogado artículo 620.2º del Código Penal, y no como un delito del artículo 171.4. CP, con la consecuente disminución del grado de reproche penal.

sobre la mujer”. Ahora bien, en esta misma resolución, parece que el Tribunal asume que la regla general es que la conducta del hombre sea expresión de su voluntad de sojuzgar a su pareja o de mantener una situación de dominación sobre la mujer⁵⁵ y que, solo “*por vía de excepción [...] el acusado puede 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 [...]*”⁵⁶ opera pues, a juicio del tribunal, una *presunción iuris tantum* sobre el contexto discriminador; algo que, en palabras de RAMÓN RIBAS⁵⁷, supone una vulneración del “*principio constitucional de inocencia*”, entendiendo el autor que la prueba debe operar en sentido contrario, esto es, debería suponerse que la violencia practicada no es violencia de género y ser la acusación quien deba probar que sí concurrió en la conducta del acusado ese elemento de dominación o machismo, y no al revés.

Ahora bien, la misma Sección Primera del Tribunal Supremo que en el año 2009 dicta esa resolución, modifica tal criterio interpretativo al año siguiente en su sentencia 807/2010, de 30 de septiembre. En ella, afirma que el artículo 153 del Código Penal “*depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja [...] 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*”⁵⁸. Es

⁵⁵ También la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencia 733/2010, de 11 de noviembre, manifestó que las agresiones de hombre a mujer en el ámbito de la pareja son, generalmente, “*manifestación de esa superioridad de hombre y supeditación de la mujer*” y que solo en casos “*muy precisos y excepcionales*” se aprecia una ausencia de esa motivación que permite excluirlos de la tipología agravada.

⁵⁶ Un planteamiento similar había sido expuesto previamente por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia 184/2007, de 15 de junio, en la que manifestaba que “[...] *aunque no es necesario que conste probada la causa de la agresión, corresponde al acusado demostrar su origen si alega que la acción violenta no tiene dicha raíz.*”

⁵⁷ RAMÓN RIBAS, EDUARDO, Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual, Estudios penales y criminológicos, op. cit., p. 449.

⁵⁸ Este razonamiento coincide con lo expresado con anterioridad en el Voto particular que el Sr. Magistrado D. Julián Sánchez Melgar había formulado a la ya mencionada

decir, se entiende que, debido a la situación de desigualdad estructural que domina en nuestra sociedad, toda violencia ejercida contra la mujer por quien es o ha sido su pareja, es ya violencia de género, debiendo probar la acusación únicamente, los elementos del tipo a los que hace mención el Código Penal; excluyendo, consecuentemente, los del artículo 1.1 de la LO 1/2004.

En el mismo sentido se pronuncia posteriormente la STS 856/2014, de 26 de diciembre, en la que se resuelve sobre la posible comisión de, entre otros, un delito de lesiones del artículo 153.1 del Código Penal. La cuestión sobre la aplicación o no del mentado precepto tiene que ver, nuevamente, con la exigencia de concurrencia de una motivación machista en la actuación del sujeto activo. Entiende la parte recurrente que, en tanto en cuanto la agresión tenía como origen la entrega de unas llaves de un negocio que ambos regentaban, no existía en el actuar del sujeto activo un elemento subjetivo de dominación y, por tanto, los hechos eran constitutivos, únicamente, de una falta de lesiones contemplada en el ya derogado artículo 617 del Código Penal. Mas la Sección 1ª del Tribunal Supremo no comparte este parecer, haciendo especial hincapié en la idea de que, si bien la agresión debe enmarcarse en un contexto de predominio del varón sobre la mujer ello no significa, de ninguna de las maneras, “*que sea necesario un elemento subjetivo especial o dolo específico*”. Considerando que, en realidad, la presunción juega en sentido contrario, esto es, una agresión en ese “*marco contextual*” es, sin necesidad de prueba especial, la “*concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobar*”. Por tanto, solo cuando hubiera evidencias de que el episodio de violencia es totalmente ajeno a ese contexto machista, y que la agresión se encuentra completamente desligada a esa circunstancia, no serían de aplicación los tipos penales de violencia de género⁵⁹.

STS 1177/2009, de 24 de noviembre, también dictada por la Sección 1ª del Tribunal Supremo.

⁵⁹ Se cita como ejemplo de este hipotético supuesto una agresión mutua por cuestiones laborales entre dos compañeros de trabajo que fueron pareja muchos años atrás. También la Audiencia Provincial de Alicante, en la sentencia 733/2010, de 11 de noviembre, -ya mencionada anteriormente-, cita como ejemplo de agresión entre parejas o ex pareja completamente desligada de la motivación machista “*la propinación de una*

A continuación, explica la necesidad de buscar ese “*componente machista*” al que se refiere el legislador del año 2004 en el entorno objetivo, y no en intencionalidades concretas del autor: “*No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta con constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales [...]*”. Es lo que se denominó como “*elemento circunstancial*”, esto es, una situación fáctica objetiva; un elemento “*objetivo, aunque contextual y sociológico*”, construido a partir de la “*constatación de los datos objetivos externos obrantes en el factum de la sentencia que evidenciaban, por sí solos, la situación de dominación o subyugación exigida*”⁶⁰.

Este “*elemento circunstancial*” ya había sido concretado años antes por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, señalando en aquel entonces que, para acreditar la concurrencia del mismo, no es necesaria “*prueba diabólica por parte de la acusación [...] sino la mera profundización técnica en las circunstancias concretas del hecho [...] a partir de las expresiones proferidas, de los gestos realizados, del posible instrumental empleado, del contexto en que se produce el hecho de que se trata, valorando el origen de la discusión inicial que muchas veces precede al acto de maltrato o, en definitiva, rebuscando debidamente en la auténtica causa que originó la situación específica de maltrato que es objeto de ese enjuiciamiento penal, tomando en consideración, cuando sea posible, los actos anteriores, coetáneos y posteriores al suceso.*” (SAP de Murcia 159/2010, de 21 de junio).

Esta interpretación de la norma penal es compartida también por algunas Audiencias Provinciales⁶¹. Cabe hacer especial mención a la Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid que, en repetidas resoluciones mantiene la consideración de que la dicción del artículo 153 del Código Penal no exige, en absoluto, la concurrencia de un

bofetada para reducir las ansias y el nerviosismo que la carencia de sustancia estupefaciente provocaba en la compañera”.

⁶⁰ Véase SAP Murcia 243/2015, de 28 de mayo.

⁶¹ Véase SAP Alicante 537/2012, de 3 de septiembre, entre otras.

elemento específico subjetivo del injusto⁶². Es criterio de esta Sección entender que no puede indagarse si cada conducta producida representa o no “*una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder entre hombres y mujeres [...] y mucho menos de exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer*”. Consideran los magistrados que componen la Sala que no puede exigirse como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, y ello por varios motivos. En primer lugar, y principalmente, porque “*es el legislador quien ha decidido qué concretas conductas son manifestación de aquellos efectos que trata de combatir*”. En segundo lugar, por la enorme dificultad –“*cuando no imposibilidad manifiesta*”- que supone escudriñar en la conciencia del sujeto activo cuál es el propósito que le mueve a realizar la conducta agresiva. Y, por último, porque es el conjunto de agresiones producidas –y no una única conducta aislada-, las que representan una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁶³.

B. LA CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LAS AGRESIONES MUTUAS

La cuestión de si son de aplicación o no los tipos penales previstos para los supuestos de violencia de género en los casos de agresiones mutuas ha suscitado una enorme controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En realidad, se trata de una cuestión estrictamente ligada con lo expuesto previamente: si para la aplicación de los tipos penales agravados es necesario que concurra un elemento subjetivo de discriminación, subyugación o dominación, estos no serán de aplicación cuando hombre

⁶² En el mismo sentido, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona muestra en su Sentencia 128/2009, de 25 de abril, su disconformidad con aquel sector doctrinal y jurisprudencial que mantiene que debe concurrir el elemento para la aplicación del tipo penal, “*pues los dos primeros párrafos del art. 153 CP comparten la acción típica [...] sin que la acción típica en uno u otro párrafo venga revestida de otras finalidades específicas, precisamente porque el legislador ha renunciado a plasmarlas en la descripción típica.*”

⁶³ Véase SSAP Madrid 217/2011, de 3 de marzo, 312/2013, de 21 de marzo y 452/2015, de 11 de junio, entre otras.

y mujer que son o han sido pareja, se agreden mutuamente. Por el contrario, si la posición de dominio del varón y la consecuente subordinación de la mujer no se consideran un elemento subjetivo del tipo en los delitos de violencia de género, nada impide, en principio, la aplicación de los mismos incluso en el supuesto de riña mutuamente aceptada.

En primer lugar, y antes de ahondar en la cuestión que nos ocupa, es preciso delimitar qué se entiende por “*agresiones mutuas*”⁶⁴; también denominadas “*riña mutuamente aceptada*”. La jurisprudencia las ha definido como una “*contienda física, libre y recíprocamente aceptada por ambos*” (SAP Madrid 312/2013, de 21 de marzo) en la que “*las dos partes se golpean mutuamente a un mismo nivel*” (SAP Valencia 451/2008, de 3 de diciembre), siendo “*al mismo tiempo agresores y agredidos, faltando la especial situación de dominación por parte del acusado sobre la víctima*” (SAP Albacete 133/2009, de 2 de junio). ACALE SÁNCHEZ, por su parte, propina una definición más sencilla, basada en que “*se agreden mutuamente un hombre y una mujer cuando en un mismo momento ambos se propinan golpes, insultos, etc.*”⁶⁵

En cuanto a la aplicación de los tipos penales previstos para combatir la violencia de género en aquellos supuestos de agresiones mutuas, la línea interpretativa mayoritaria dentro de la jurisprudencia⁶⁶ ha sido considerar que, cuando se trata de una riña entre dos personas adultas en “*una situación de igualdad y dignidad*” (SAP Castellón 377/2007, de 18 de septiembre), con un “*intercambio de agresiones de parecida intensidad*” (SAP Valencia 52/2008, de 29 de febrero), sin que ninguna de ellas se encuentre en una posición inferior a la otra y, por tanto, sin que exista un “*ánimo o intención de imponer su poder de dominación sexista*” (SAP Albacete

⁶⁴ Término que, en opinión de LARRAURI PIJOAN, oscurece el hecho de que, aunque el forcejeo sea mutuo, “*el resultado, en términos de temor y probabilidad de lesión no es, en absoluto, equivalente.*”; Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p.12.

⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja nº 7, diciembre de 2009, p.62.

⁶⁶ Véase, en ese sentido SAP Santa Cruz de Tenerife 140/2009, de 6 de marzo, SSAP Albacete 133/2009, de 2 de junio; 33/2010, de 28 de enero; 537/2012, de 3 de septiembre; SAP Castellón 253/2011, de 30 de mayo, entre otras.

33/2010, de 28 de enero), no procede la aplicación del artículo 153.1 CP, condenándose en todo caso, por una falta del ya derogado artículo 617.1 CP⁶⁷. Así, cuando la riña mutua tiene una motivación completamente ajena a la pretensión de dominación del varón sobre la que es o ha sido su pareja, las lesiones por él causadas no se consideran violencia de género. Se trata de aquellos supuestos en los que, por ejemplo, *la relación está muy deteriorada* (SAP Castellón 377/2007, de 18 de septiembre), *la riña se origina como consecuencia de una conflictiva ruptura de pareja donde las discusiones y los insultos mutuos eran constantes* (SAP Barcelona 1363/2009, de 15 de octubre), *como resultado de la oposición de dos personalidades encontradas* (SAP Albacete 247/2010, de 17 de septiembre y SAP Valencia 52/2008, de 29 de febrero) o como producto de *un arranque puntual producido en un contexto de grave crisis familiar, originado en un clima de gran alteración nerviosa* (SAP Castellón 504/2010, de 9 de diciembre).

En sentido contrario lo entiende la ya mencionada Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid que, en su sentencia 217/2011, de 3 de marzo, manifiesta la irrelevancia que, a efectos de aplicar el tipo penal del artículo 153.1 CP, tiene el hecho de que la mujer agredida “*accepte la contienda física*”. Así, considera esta corriente jurisprudencial que el hecho de que la mujer participe voluntariamente en la disputa no conlleva una atenuación de la responsabilidad penal del varón, sin que ello suponga, por supuesto, que la conducta de la mujer quede impune. De este modo, que ambos se intercambiaran frases ofensivas, que se propinaran una bofetada recíprocamente, así como el hecho de que la discusión se originara con motivo de la alimentación del hijo común de ambos, no conllevaría, según los magistrados que componen esta Sala, a la inaplicación del artículo 153.1 CP, pues la dicción del mismo “*no permite mantener en absoluto la exigencia (adicional) de ese elemento subjetivo del injusto*”⁶⁸.

Por último, es preciso en este punto plasmar una tercera opción interpretativa; aquella que refleja el Sr. Magistrado D. Sánchez Melgar en el voto particular que formula a la STS 1177/2009, de 24 de noviembre -ya mencionada anteriormente- que,

⁶⁷ Delito de lesiones leves del artículo 147.2 del Código Penal a partir de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

⁶⁸ En el mismo sentido, véase SAP Madrid 312/2013, de 21 de marzo.

discrepando con las líneas interpretativas antes señaladas y, coincidiendo con lo alegado por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación presentado por el mismo, considera que el hecho de que se dé una riña mutua *“no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado por el Ministerio Fiscal”* (previsto en los artículos 153.1 y 3 C.P.). No se trata de, como hace entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid, considerar que la circunstancia de dominación, subyugación o discriminación no se integra como elemento subjetivo del tipo y, por lo tanto, no exigir la concurrencia del mismo; sino de romper con el automatismo de la inaplicación de los tipos penales previstos para combatir la violencia de género cuando existe una agresión mutua. Así, insiste el magistrado en que, atender a las circunstancias de cada caso concreto para valorar si existe desigualdad, discriminación, dominación o subordinación exige *“un mayor componente de resultancias fácticas, que se encuentren muy acreditadas, más allá de la simple determinación de que una pelea mutua o trifulca matrimonial, neutraliza la aplicación de este tipo”*.

Siguiendo esta línea interpretativa, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete en su sentencia 258/2010, de 30 de septiembre; confirma la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal nº3 de Albacete, en virtud de la cual, a raíz de una riña mutua en la que él le había propinado a ella un golpe en la nariz y ella a él arañazos y mordeduras, se condenaba al hombre como autor de un delito de lesiones del artículo 153.1 y 3 CP, y a la pareja de este como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 CP; imponiéndose a ambos idénticas penas. Así, recuerda la Audiencia Provincial de Albacete que, si bien es cierto que *“el art. 153.1 CP exige un ánimo o intención especial, inmanente en el precepto, consistente en que el autor realice el acto con la finalidad de imponer su poder dominación sexista”*, el hecho de que ella se revele y acometa a su vez a su pareja, ni disminuye, ni elimina, ni es incompatible con que la intención del hombre fuera de prevalimiento contra ella.

En conclusión, según esta tercera línea interpretativa, que la mujer participe de forma activa en la agresión no desvirtúa el hecho de que la actuación del hombre pudiese estar motivada por un afán de dominación o motivación machista sobre quien es

o ha sido su pareja, de modo que nada impediría aplicar el tipo penal previsto en el artículo 153.1 CP en un supuesto de agresiones mutuas.

C. LA DIFERENCIA PENOLÓGICA DERIVADA DE LA EXIGENCIA DEL CONTEXTO MACHISTA COMO ELEMENTO DEL TIPO: ALTERNATIVAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Exigir la concurrencia de un contexto machista o de dominación para poder sancionar por el artículo 153.1 CP conlleva a que, en los casos en que no se dé tal fundamento agravatorio, no sea de aplicación el mismo, condenándose, hasta antes de la reforma del año 2015, por una falta del ya derogado artículo 617 apartados 1 y 2 del Código Penal –en la actualidad, delito de lesiones leves y maltrato de obra previsto en el artículo 147 apartados 2 y 3 CP respectivamente-; algo que, en opinión de LARRAURI PIJOAN⁶⁹, no solo va en contra de la reforma introducida por la LO 1/2004, sino que también vacía de contenido la reforma operada por la LO 11/2003, cuyo objetivo era, precisamente, acabar con la posibilidad de que los malos tratos ocasionales dentro del ámbito familiar pudieran ser calificados como falta.

Esta opinión es también compartida por SÁNCHEZ YLLERA⁷⁰, que llega a tildar de “*esperpento, paradójica y desajustada*” la conclusión a la que desemboca esta tesis interpretativa pues, en virtud de la misma, cuando la mujer agrede de manera leve al hombre en un “*entorno de convivencia doméstica*” es condenada por un delito del artículo 153.2 CP, -que prevé penas de prisión de 3 meses a un año-, mientras que, cuando no concurre el fundamento agravatorio de machismo, el hombre es castigado con penas de multa o localización permanente⁷¹, provocando una enorme “*desigualdad*”

⁶⁹ LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p.15.

⁷⁰ SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica). Diario La ley, op. cit., p. 17.

⁷¹ Estas eran las penas previstas en el artículo 617.1 y 2 CP antes de la reforma operada en el año 2015. Ahora esta misma conducta se castiga en el artículo 147.2 y 3 CP, con pena de multa de uno a tres meses.

*en el nivel de protección de los sujetos que, además, es contrario al sentido de la norma*⁷².

Esta desigual subsunción típica cobra especial relevancia en los supuestos de agresiones mutuas. Por ello, son múltiples las alternativas valoradas por la doctrina y la jurisprudencia para intentar equilibrar el marco punitivo previsto para ambos sujetos y así evitar llegar a la irónica consecuencia de que la mujer, habiendo llevado a cabo una conducta idéntica a la del hombre, acabe siendo condenada con una pena de mayor gravedad solo por no apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo de dominación o discriminación.

Para SÁNCHEZ YLLERA⁷³, la “*paradójica*” conclusión final a la que arrastra esta tesis jurisprudencial pone en evidencia que la exigencia de un elemento intencional añadido al tipo penal no entraba en las intenciones del legislador; pues acarrea consecuencias radicalmente opuestas al espíritu y finalidad de la norma. Así, considera que, incluso en los supuestos de agresiones mutuas, la conducta del varón debe condenarse por la vía del artículo 153.1 CP y la de la mujer por el artículo 153.2 CP⁷⁴, sin olvidar que, para aquellos “*supuestos límite en los que la aplicación de la ley pueda llegar a considerarse razonadamente desproporcionada*” –como podría ser el supuesto de riña mutuamente aceptada-, el apartado 4 del artículo 153 ofrece al órgano juzgador la posibilidad de imponer la pena inferior en grado⁷⁵; posibilidad que, en opinión de LARRAURI PIJOAN⁷⁶ está siendo “*infrautilizada*”.

⁷² FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (www.criminet.ugr.es/recpc), op. cit., p. 30.

⁷³ SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica). Diario La Ley, op. cit., p. 18.

⁷⁴ Es la opción por la que se decanta la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 312/2013, de 21 de marzo.

⁷⁵ La Audiencia Provincial de Guipúzcoa condena por el tipo atenuado del artículo 153.4 CP en aquellos supuestos de agresión psicofísica del varón sobre la que es o ha sido su pareja en los que no exista un contexto de dominación. (Véase SAP Guipúzcoa 1/2012, de 2 de enero).

⁷⁶ LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), op. cit., p.15.

En relación con esta cuestión, es de especial relevancia la STC 96/2008, de 24 de julio, en la que se pronuncia sobre la posible vulneración del principio de igualdad ante la ley penal en un supuesto de agresiones mutuas en el que hombre y mujer, coacusados de sendos delitos, se conforman con las penas de prisión propuestas por el Ministerio Fiscal, siendo la del varón más elevada que la de la mujer. El Alto Tribunal, en dicha resolución se reafirma en lo expuesto previamente en su sentencia 59/2008, recordando que la diferenciación normativa contenida en los preceptos 153.1 y 2 del Código Penal se sustenta en que, cuando la víctima es mujer, las agresiones son más graves y más reprochables socialmente. No obstante, recuerda también el Tribunal la opción que ofrece el artículo 153.4 CP para adaptar las penas previstas a las peculiaridades del caso, entendiendo el Pleno que, en tanto en cuanto la norma otorga un sinfín de posibilidades para hacer coincidir el marco penal de la pena privativa de libertad prevista en el art. 153.1 CP con el previsto en el art. 153.2 CP, no puede considerarse que tal diferenciación sea contraria a los principios de igualdad y proporcionalidad.

Por su parte, FUENTES OSORIO⁷⁷ también plantea esa alternativa consistente en recurrir al tipo atenuado del artículo 153.4 CP en los supuestos de riña mutuamente aceptada, mas no propone su aplicación respecto del tipo previsto en el artículo 153.1 CP –que, en su opinión, no es aplicable en los supuestos de riña mutua por no existir una motivación de dominación machista-, sino respecto del enmarcado en el 153.2 CP, por el que se condenarían los agresiones consumadas por la mujer. No obstante, reconoce el propio autor que, incluso en ese supuesto, las penas impuestas a uno y otro seguirían siendo profundamente desiguales, pues la pena privativa de libertad impuesta a la mujer, aunque bajaría hasta el marco de 1 mes y medio a 3 meses, no deja de ser más gravosa que la pena impuesta al varón; una multa.

⁷⁷ FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (www.criminet.ugr.es/recpc), op. cit., pp., 30 a 33.

Por todo ello, se erigió como la opción favorita por la jurisprudencia⁷⁸ la consistente en que ambos comportamientos, en caso de ausencia de contexto de dominio machista, se sancionaran –hasta antes de la entrada en vigor LO 1/2015, de 30 de marzo- como una falta del artículo 617.1 CP⁷⁹.

⁷⁸ Véase SSAP Albacete 247/2010, de 17 de septiembre; Castellón 377/2007, de 18 de septiembre; 253/2011, de 30 de mayo; Valencia 451/2008, de 3 de diciembre y Barcelona 1363/2009, de 15 de octubre, entre otras.

⁷⁹ Ahora, delito leve del artículo 147.2 CP.

IV. CONCLUSIONES

1. La opción escogida por el legislador de reforzar la tutela de la mujer mediante una serie de agravaciones específicas casa perfectamente con el mandato de no discriminación contenido en la Constitución Española (art. 14), pues la diferencia de penalidad encuentra su justificación no solo en cuestiones preventivo-generales sino, además, en que realmente, por la propia naturaleza de la relación que mantienen autor y víctima, existe una mayor lesividad.
2. En cuanto al concepto normativo de violencia de género contenido en la LO 1/2004, si bien el mismo es adecuado pues, es el que, con su referencia al contexto machista, permite justificar la protección adicional que se brinda a la mujer, debe recriminarse al legislador que no incluyera en el tenor literal de los tipos penales agravados previstos en el Código Penal ninguna referencia a la situación de dominación o subyugación que debe sufrir la mujer. Y, es que, como consecuencia de esa omisión, se ha visto vulnerado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española dado que, al final, que se exija o no la concurrencia de esa motivación discriminatoria dependerá, única y exclusivamente, del criterio de cada juzgador.
3. La situación de dominación o subyugación sí constituye un elemento subjetivo específico del tipo penal. Si bien la misma no se encuentra en la dicción literal de los tipos penales agravados, el legislador sí la incluyó en el articulado de la LO 1/2004 (art.1.1) y, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, a la hora de interpretar y dar sentido a las normas, no puede atenderse exclusivamente al tenor literal del precepto, obviándose, consecuentemente, el espíritu y finalidad con el que nace esta ley. Además, prescindir de este contexto machista implica romper con el fundamento de la agravación punitiva contemplada en los delitos de violencia de género, siendo difícilmente compatible con los principios de igualdad y culpabilidad; pues lo único que diferenciará a uno y otro tipo penal será el sexo del agresor.

4. Concluir que la situación de discriminación, dominación y subyugación sobre la mujer constituye elemento subjetivo específico del tipo penal no conlleva a afirmar irremediabilmente que, en un supuesto de riña mutuamente aceptada, es absolutamente imposible la concurrencia de tal circunstancia de discriminación o dominación por parte del hombre. Y, es que, el hecho de que la mujer acepte y participe en la contienda ni anula, ni es incompatible con la posibilidad de que la intención del varón fuera de prevalimiento sobre ella. Para determinar si realmente existió o no una motivación machista deben indagarse múltiples circunstancias que van más allá del hecho de que ambos se agredieran.

5. Por último y, en cuanto a la diferencia penológica que deriva del hecho de exigir la circunstancia de dominación o discriminación como elemento del tipo penal en los supuestos en que no concurre el mismo, son múltiples las alternativas existentes para evitar la absurda consecuencia de que la mujer sea condenada por un delito del artículo 153.2 CP y el hombre por un delito leve del art. 147.2 CP. Así, parece que lo más adecuado cuando no concurre tal circunstancia discriminatoria en los supuestos de agresiones mutuas sería condenar a ambos por un delito de lesiones leves previsto en el artículo 147.2 CP –tal y como hacía la mayoría de la jurisprudencia antes de la reforma del año 2015 condenando a ambos por sendas faltas de lesiones del ya derogado artículo 617.1 CP-.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal, en Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, nº7, diciembre de 2009, pp. 37-73.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP, en Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, (Coords. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS/ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO/ MORILLAS CUEVA, LORENZO/ ORTS BERENGUER, ENRIQUE/ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 11 a 34.
- BOLDOVA PASAMAR MIGUEL ÁNGEL/RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006.
- FUENTES DE OSORIO, JUAN LUIS, Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (www.criminet.ugr.es/recpc), diciembre de 2013, nº 15-16.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, La mujer y el Código Penal español en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 78 a 87.
- ÍÑIGO CORROZA, ELENA, Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales (Coord. MUERZA ESPARZA, JULIO), Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2005.
- JOHNSON, MICHAEL P., The Differential Effects of Intimate Terrorism and Situational Couple Violence. Findings from the National Violence Against Women Survey”, Journal of Family Issues, abril de 2005, vol. 26, nº3, pp. 322 a 349.

- LARRAURI PIJOAN, ELENA, Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008, Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), Barcelona, febrero de 2009.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, La violencia de género en la Ley integral, valoración político-criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología (www.criminet.ugr.es/recpc), julio de 2005, núm. 07-08.
- MAGRO SERVET, VICENTE, La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género. La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº104, 2013, pp. 126 a 130.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley integral. Revista Penal, núm. 18, 2006, pp. 176-187.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, La violencia de género, Entre el concepto jurídico y la realidad social. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (www.criminet.ugr.es/recpc), enero de 2006, núm. 08-02.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- PERAMATO MARTÍN, TERESA, La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español, en Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial, (Coords. IGLESIAS CANLE, INÉS CELIA/LAMEIRAS FERNÁNDEZ, MARÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RAMON RIBAS, EDUARDO, Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII, diciembre de 2013, pp. 401-464.
- RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Reus, Madrid, 2012.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “La ley contra la violencia de género y discriminación positiva”, Jueces para la Democracia, nº55, marzo de 2006, pp. 35-47.

- SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica). Diario La ley, nº8158, septiembre de 2013.
- SOLETO MUÑOZ, HELENA, Violencia de género. Tratamiento y prevención, Dykinson, Madrid, 2015.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (www.criminet.ugr.es/recpc), agosto de 2010, núm. 12-05.