



Recientemente se está planteando el problema de sí con la reforma operada por la Ley 1/2004 LOMPICVG se ha pretendido introducir un concreto, específico y especial elemento subjetivo en la integración de los tipos penales considerados como de Violencia de Género

En primer lugar es preciso recordar la Exposición de Motivos de la citada Ley cuando establece, como objetivo de las reformas operadas en el CP, que: *"En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente 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, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad"*.

En base a ello, el art. 1.1 LOMPICVG considera como violencia de género *"la 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"*.

La definición legal está planteando el problema del ámbito de aplicación de la Ley, en el sentido de si quedan abarcadas solamente las violencias del hombre sobre su pareja respecto de las que se acredite o infiera la motivación machista. A su vez, de entenderse que debe previamente determinarse el ánimo, debe aclararse si ello afecta solo procesalmente (atribución competencial a los Juzgados de Violencia) o, lo que es mas importante, si también irradia sus efectos a la tutela penal cualificada que establece la LOMPICVG. En nuestra opinión la interpretación más respetuosa con el principio de igualdad y de proporcionalidad es la de que el art. 1.1 como pósito o presentación de la LOMPICVG irradia sus efectos sobre todo el articulado, incluidos los relativos a aspectos penales y procesales penales.

-En el aspecto procesal:

Desde el punto de vista competencial, el art. 87 ter apartado cuarto LOPJ, en la redacción dada por la LOMPICVG permite articular esta interpretación al disponer que *"cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente."*

Parece que estos casos estarían referidos a aquellos supuestos que se den entre parejas homosexuales, excluidas del ámbito de aplicación de la Ley. Porque para que los actos de violencia sobre la mujer entren dentro del ámbito de aplicación de la LOMPICVG y puedan por tanto reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia.

Ahora bien, al margen de estos supuestos que notoriamente quedan excluidos de su ámbito de aplicación y que derivarían la competencia a un juzgado de Instrucción, es preciso recordar las consideraciones contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que se declara que la violencia de género “... se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad de nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores como seres carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión... Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral...”. Parece por tanto que el legislador pretende actuar contra una específica forma de violencia del hombre contra la mujer, imbuida de ese ánimo de dominación. Por ello desgaja de la originaria violencia doméstica o intrafamiliar la Violencia de género, como una peculiar manifestación de violencia.

**La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género** (en adelante Circular 4/2005) ya se ocupó de esta cuestión, decantándose por una postura clara, en el sentido de que la LOMPICVG parte de que “en las agresiones físicas o morales a la mujer **está latente** ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión” y añade, “el objeto de la LOMPICVG es la protección de la mujer frente a las agresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja, por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aún cuando la misma nunca hubiera existido (v.gr. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años, etc.) la tutela especial de esta Ley no será aplicable”.

Ahora bien, los elementos subjetivos del delito no son generalmente apreciables por los órganos instructores. La intencionalidad del agente, las circunstancias subjetivas correspondientes a las atenuantes y agravantes, e incluso la imputabilidad de aquél son temas a debatir en el juicio oral, en donde el Tribunal deberá extraer sus conclusiones en base del empleo de prueba de indicios. Por ello, el legislador únicamente permite al juez instructor de los juzgados de violencia sobre la mujer que rechace el conocimiento de las causas que se le presenten cuando, de forma notoria, no constituyan expresión de violencia de género, remitiendo las diligencias al órgano judicial competente.

-El aspecto penal:

Antes de entrar a valorar este extremo parece necesario recordar que el Anteproyecto de Ley definía la violencia de género como *“la utilizada como **instrumento** para mantener la discriminación, la desigualdad, y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*.

El informe del Consejo de Estado de 24 de junio de 2004 al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres fue muy crítico en este punto:

*“Se utiliza una definición de índole finalista, que, entendida en sentido estricto, obligaría a indagar las intenciones de los autores de un acto violento para decidir si éste está comprendido en el ámbito de aplicación de la nueva Ley...Ese enfoque es innecesario e inadecuado. No es fácil determinar cuándo la violencia sirve de instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder, ni es posible, en la mayor parte de los casos, aislar esta finalidad “objetiva” de la finalidad subjetiva que persigue el autor de la violencia y determina su acción. Esa referencia instrumental podría, quizá, incluirse en la exposición de motivos para justificar la propia ley pero no sirve para acotar el supuesto de hecho que regula, pues la violencia debe examinarse como un hecho objetivo, como un resultado, al margen de las razones que lleven en cada caso a utilizarla”*.

Así, mientras la primera redacción de art. 1.2, definía la violencia de género como aquella que se ejerce *“como **instrumento** para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* la redacción definitiva sustituyó el término finalista *“instrumento”* por el más objetivo de *“manifestación”*...De este modo, la definición del Anteproyecto que contenía un específico elemento subjetivo de difícil prueba como era la utilización de la violencia con determinados fines, fue sustituida, en la línea propuesta en los informes consultivos, por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como *“la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales”*

Parece que esta cuestión debería haber quedado resuelta tras la **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/08 de 14 de mayo de 2008**, , que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, contra el art. 153 del CP, y que ha señalado que *“la diferenciación de la pena contemplada en el precepto derivada de quién sea sujeto activo del delito es razonable y no vulnera los principios de proporcionalidad y de igualdad que invoca el recurrente porque persigue incrementar la protección de la igualdad, integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas, y porque esta legítima finalidad se consigue con la razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, tomando en cuenta su significado social objetivo, al considerar que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. La mayor sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, sino porque la conducta tiene un mayor desvalor al constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. Y asimismo, que no se vulnera el principio de culpabilidad porque no se trata de una presunción en contra del imputado, sino de la constatación razonable de su lesividad por el especial desvalor de la propia y personal conducta del agresor”*.

El Pleno del Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación al artículo 153.1 porque la discriminación que introduce el precepto se apoya en la voluntad del legislador de sancionar más unas agresiones que son mas graves y reprochables socialmente a partir del contexto en el que se producen y que no son otra cosa que la realidad de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quién de un modo institucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

La opción del legislador no puede calificarse de irrazonable porque en ella subyace el convencimiento de que las conductas con mayor desvalor necesitan ser contrarestadas con una mayor pena. No es el sexo en sí lo que se toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad.

Y tampoco conduce a consecuencias desproporcionadas. Por el contrario, son adecuadas frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende con el tipo de pena más grave y frente a la constatación de que se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, como es la pena de privación de libertad. Esta protección es la protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de sus parejas o exparejas masculinas que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su subordinación. Y la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado. La violencia de género es una violencia peculiar y distinta de cualquier otro tipo de violencia interpersonal y, en consecuencia, requiere de su tipificación concreta si verdaderamente se aspira a un mínimo éxito en la lucha por su erradicación.

### **Sentencias de la Audiencias Provinciales:**

En fecha inmediatamente posterior a la STC ya comentada, la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió en Sentencia de fecha 30 de mayo de 2008:

*“...Por su parte, debe rechazarse, también, el reproche de desigualdad en el tratamiento punitivo que efectúa, bajo el epígrafe de la indebida aplicación del artículo 153.1 del Código Penal, al entender que no se da el elemento subjetivo del tipo, al faltar la diferencia de género, y la condición de vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima. Este Tribunal, sin embargo, ha venido descartando la necesidad de acreditar el elemento finalístico que se invoca, y al que se ha hecho referencia en alguna de las sentencias de Audiencias Provinciales, pues no constituye ninguno de los requisitos del tipo penal aplicado -maltrato en el ámbito de la violencia de género, del art. 153.1 -, que no exige, en consecuencia, la prueba de que las razones últimas en el obrar del sujeto, ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales -así, al derecho penal le resulta ajeno el destino que el autor de un delito de robo pretenda dar al botín de su acción depredadora-, sino que, objetivamente, y de forma intencionada y voluntaria, ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada. Es al legislador, pues, a quien va dirigido el mandato de actuar contra la violencia de género que, conforme a la ya*

*dilatada experiencia jurídica y a los distintos Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, constituye una expresión, la más cruel, de la manifestación de una concepción de la mujer como subordinada al hombre, y sujeta a su obediencia y sumisión, en sus relaciones de pareja, para cuyo mantenimiento se ejerce, precisamente, una violencia que, por ello, requiere una respuesta penal específica, más grave, y especializada en cuanto a los instrumentos que han de destinarse a la más eficaz protección de las víctimas. Dicho mandato se plasma en los instrumentos normativos que articulan la protección integral a las víctimas de tales hechos, de la que forma parte la respuesta penal que se estima más adecuada contra los autores de los delitos que exteriorizan la violencia de género, y, así, el legislador, expresando la soberanía popular que representa, formula los tipos penales que definen las conductas delictivas a las que, objetivamente, les apareja, la sanción penal que determina. En consecuencia, ese elemento finalístico no constituye un requisito fáctico necesitado de prueba, en la configuración del tipo penal, bastando la acreditación de la acción expresiva de la violencia, y las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima, para que se estime la procedencia del delito por el que el recurrente ha sido condenado.”*

Frente a esta posición no podemos negar que existe la corriente jurisprudencial que apunta por degradar a falta el hecho si no se prueba por la acusación el elemento intencional y concurrencial de la dominación del hombre sobre la mujer y la relación especial de subordinación que se derivan de los hechos probados. O, en los casos de denuncias mutuas por lesiones recíprocas entre los miembros de la pareja o ex-pareja. **“...cuando ambos miembros de la pareja son contendientes y se agreden mutua y recíprocamente, hay que entender que existe una igualdad de armas, en donde se excluye el supuesto de la violencia machista y se transfiere la conducta a una mera falta”**

Los Juzgados penales y Audiencias Provinciales no hay postura unánime. Un sector minoritario (Audiencias como Barcelona, Valencia, Castellón o Albacete) afirma en su resoluciones que no cabe de forma automática entender que cuando las agresiones encuadradas en estos tipos penales se producen por parte de un hombre contra una mujer en base a unas relaciones afectivas presentes o pasadas, siempre haya que considerarlas como fruto de una discriminación o relación de poder del hombre frente a la pareja femenina.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.<sup>a</sup>, en Sentencia de 18 de septiembre de 2007, rec. 229/2007, ha considerado que *"en estos casos no se trata de un hecho de violencia de género, puesto que se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, dado que del redactado de los hechos no puede inferirse que uno de ellos tuviera y utilizara una posición de dominio frente al otro. En esta sentencia se apunta también que «no puede tampoco constituir, sin ulterior elemento, violencia en el ámbito familiar, por la sencilla razón de (que) una interpretación teleológica del tipo agravado conduce al entendimiento de que su fundamento se sustenta en el ejercicio de la violencia por uno de los miembros del núcleo familiar (el más fuerte) sobre otro u otros miembros (el más débil, pero no*

*puede otorgar cobertura a situaciones en las que la violencia es mutua entre los dos miembros de la pareja y halla causa en discusiones y peleas entre iguales»".*

En la misma línea de interpretación, entre otras, la Sentencia de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2007; Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 24 de enero de 2008; Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de 9 de febrero de 2007; Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete de 2 de junio de 2009;

### **Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:**

¿Qué está sucediendo en el Tribunal Supremo?

Los supuestos sometidos a casación son limitados dado que la discusión entre aplicar el art. 153.1 C.P. o art. 617 C.P. no suelen examinarse en nuestro Tribunal Supremo, a no ser, que sean conductas delictivas acompañadas de infracciones penales de mayor gravedad y de manera casi tangencial se provoca el pronunciamiento sobre este extremo.

#### **Sentencia nº 58/2008, de 25 de enero de 2008.**

La Audiencia condenó por un delito de lesiones del art. 150 y dos faltas de lesiones del art. 617 del C.P. Contra la Sentencia el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley del art. 849 nº 1 de la LECr. por indebida inaplicación del artículo 153 del CP, al calificar la Sentencia los hechos como constitutivos de falta de lesiones del artículo 617 1 del CP. Pese a que el motivo fue estimado, en uno de sus fundamentos se recoge:

**“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 en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.”**

#### **Sentencia 653/2009 de 25 de mayo de 2009**

También denuncia el motivo segundo, al amparo del art. 849-1º, como cuarta infracción la del art. 153 apartados 1 y 2 del Código Penal.

“Esta alegación no puede prosperar, porque se fundamenta en la incorrecta interpretación de que este delito requiere la causación de un menoscabo psíquico o una lesión no delictiva. El tipo penal tiene varias formulaciones: una de ellas es esa,

pero la otra es golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. **Acción que cuando la ofendida es la esposa del autor se eleva desde la condición de simple falta contra las personas del art. 617.2 del Código Penal a la categoría del delito del art. 173.2 del CPenal”**

En este caso el hecho probado relata que el acusado dio un empujón a su esposa, y cuando éste se da la vuelta la empuja otra vez y la propina una bofetada en la cara, que no la alcanza del todo, pero que le causó contusión muscular y ansiedad.

### **Sentencia nº 654/2009, de 8 de junio de 2009**

El Ministerio fiscal que recurre la Sentencia pedía que la conducta realizada entre una pareja sentimental heterosexual con resultado de lesiones no constitutivas de delito lo fuera por la vía del art. 153, párrafo 1º o 2º según fuera el sujeto activo varón o mujer. Y no por las respectivas faltas de lesiones a que la Sentencia de la Audiencia condena a ambos.

El Fundamento Jurídico segundo destaca como el factum de la Sentencia, nada dice sobre las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer que protagonizaron el hecho; ni se precisa el motivo de la discusión, ni quien la inició por lo que la mutua agresión descrita en el relato de los hechos probados no parece responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal.

Por todo lo expuesto, dice la sentencia “ **Si llegamos a la conclusión de que, en el presente caso, no consta que la conducta del acusado causante de las lesiones leves sufridas por su compañera... se produjeran en el contexto propio de las denominadas conductas “machistas”, de tal modo que por ello no procediera, respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 CP., resultaría un auténtico contrasentido calificar la agresión de la mujer causante de las lesiones de su compañero como constitutiva de un delito del art. 153.2 CP”.**

### **Conclusión**

De lo expuesto no podemos inferir, en absoluto, que el Tribunal Supremo se haya expresado de forma clara y contundente frente a esta importante cuestión. Y parece que es necesario que este pronunciamiento se produzca, para despejar las dudas que los propios Tribunales se plantean en sus resoluciones al abordar esta materia.

A nuestro juicio, el legislador ha querido englobar toda acción violenta y toda amenaza o coacción por leve que sea, ejercida o proferida por un hombre sobre una mujer con la que esté o haya estado de alguna manera vinculado por una relación de afectividad, que sea susceptible de ser calificada en abstracto como delito o como falta, como una manifestación de su propósito discriminatorio hacia las mujeres, como la consolidación concreta de una relación general de desigualdad entre hombres y mujeres o como la confirmación específica de una situación de poder sobre ellas.

Elevar a categoría de bien jurídico protegido el normal desarrollo de la personalidad de la mujer, en una sociedad de raíces patriarcales donde la plena dominación y subordinación de ésta por el marido (o pareja) en el seno de la familia ha sido siempre, históricamente, conseguida sobre la base de la sumisión física y psíquica, es, sin duda, uno de los grandes logros de la reforma del CP introducida por la LOMPIVG. Cualquier paso atrás en esta materia, constituirá un retroceso en esa continua carrera de obstáculos en que se ha convertido el camino a la igualdad.

Ana Isabel Vargas Gallego