

LA DELIMITACIÓN DE LA «VIOLENCIA DE GÉNERO»: UN CONCEPTO *ESPINOSO*

Margarita Roig Torres
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València

Resumen: En este trabajo se definen los delitos que constituyen “violencia de género” conforme a la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. Para ello se parte de tres elementos clave: el art. 1 —«Objeto de la ley»—; el Título IV —«Tutela penal»—; y, el Título V —«Tutela judicial»—. Así se establece un catálogo de figuras delictivas más amplio que las del Título IV. Se presta especial atención al elemento discriminatorio, que según el art. 1 es requisito consustancial a la violencia de género y, sin embargo, no se recoge expresamente en los tipos agravados del Título IV. Este desajuste ha motivado dos posiciones contrapuestas, respecto a la necesidad de constatar en el juicio penal si el autor actuó en posición de dominio. Pero, ambas presentan escollos importantes. La que precisa esa comprobación, por cuanto en las agresiones recíprocas podría resultar condenado el hombre por una falta del art. 617 CP, si no se aprecia ese abuso, y la mujer por el delito del art. 153.2 CP. La que mantiene la aplicación directa de esas figuras, por la disparidad de penas que corresponden a ambos en esos supuestos, a tenor del art. 153.1 y 2 CP, pero sobre todo cuando la violencia se concreta en

Recibido: marzo 2012. Aceptado: octubre 2012

amenazas o coacciones. El Tribunal Constitucional ha sido ambiguo en sus resoluciones, dejando en pie la polémica.

Palabras clave: Violencia de género, violencia contra la mujer, LO 1/2004, discriminación.

Abstract: In this work are defined the crimes what constitute “gender violence” according to the organic law 1/2004, called “Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género”. For that aim, we take three key elements: the first article —«Aim of the law»—; the fourth title —«Criminal Protection»—; and the fifth title —«Judicial Protection»—. So, we establish a group of criminal actions wider than the contented in the fourth title. Special attention is paid to the discriminative element, what, according to the first article, is an essential requirement to the “gender violence” and, however, is not written in the aggravating crimes of the fourth title. This disorder causes two opposed positions, regarding the need of proving in the judgement if the author acted from an ascendancy position on the victim. But both of them have important handicaps. The one requiring that proof, because in reciprocal aggressions man-woman, it bears a conviction of the man, without that ascendancy position, as author of a minor crime (*falta*) according to article 617 CP, and the conviction of the women as author of a serious crime (*delito*), according to article 153.2 CP. The one in favour of direct application of these articles, due to the different sanctions to impose to man-woman in these cases, according to article 153.1 and 2 CP, but mainly when the violence become threats or coercions, since there is not an extenuating article to moderate both sanctions. The Constitutional Court has been ambiguous in its resolutions, without solving the polemic theme.

Keywords: Gendered violence, violence against women, Organic Law 1/2004, discrimination.

Sumario: I. Planteamiento del tema. II. Delitos constitutivos de «violencia de género» bajo el telón de la Ley Integral. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. Características de los «delitos relacionados con la violencia de género». 2.2.1. Precisiones terminológicas. 2.2.2. Sujetos del delito. A) Violencia contra la mujer. La relación de afectividad como seña de identidad de la violencia de género. B) La protección de las personas especialmente vulnerables. 2.2.3. Conductas catalogables como violencia de género. 2.3. La problemática relativa al elemento discriminatorio. 2.3.1. Introducción. Posibles interpretaciones de los tipos de violencia

de género. 2.3.2 Declaraciones del Tribunal Constitucional. A) Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo. B) Otras resoluciones posteriores. 2.3.3. Postura del Tribunal Supremo. 2.3.4. Algunas resoluciones de Audiencias. 2.3.5. El supuesto de las agresiones mutuas. 2.3.6. Posición personal. III. Conclusiones

I. Planteamiento del tema¹

Con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género —en adelante LOMPIVG—, nuestro ordenamiento tomó la delantera en la cruzada frente a las agresiones que sufren muchas mujeres en el contexto específico de la relación de pareja, como fruto de la actitud de dominación del hombre. El legislador acogió las directrices de las normas internacionales que persiguen la eliminación de todas las formas de violencia machista de nuestra sociedad, pero de los distintos ámbitos en los que se manifiesta, decidió situar el punto de arranque en la lucha contra la producida en la esfera sentimental.

Pues bien, en esa ley se define la violencia de género a efectos de la aplicación de las medidas dispensadas, lo que mueve a pensar que estamos ante un concepto nítido, sin fisuras, que después de varios años a buen seguro estará plenamente asentado, máxime cuando el Tribunal Constitucional ha dejado zanjada la cuestión de la constitucionalidad de estos delitos. Sin embargo, quienes nos movemos en el mundo del Derecho conocemos que a día de hoy este sector de la criminalidad es uno de los que mayores discrepancias genera, no sólo en la literatura doctrinal, sino también en el plano verdaderamente importante para el justiciable de la práctica judicial, donde los Tribunales dictan resoluciones contradictorias. Y en buena medida ese desacuerdo está motivado por la propia ley, aunque también contribuyen otros factores.

1 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre “Derecho penal de la peligrosidad y medidas post-delictuales de prevención de la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género” (II), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-38983).

En efecto, en la LOMPIVG hay tres elementos clave para delimitar la violencia de género: su artículo 1, donde se precisa el objeto de esa norma; los delitos recogidos en el Título IV, consagrado a la «Tutela penal»; y, por último, otro ingrediente tal vez menos conocido pero que también pone sobre la pista de lo que esa expresión significa a la luz de la ley. Nos referimos a las disposiciones del Título V dedicado a la «Tutela judicial», donde se especifican las competencias de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, atribuyéndoles la instrucción de unos concretos delitos. En este listado no sólo se incluyen las figuras previstas en el Título IV sino también otras reguladas únicamente en el Código penal, de donde se deduce que el catálogo de delitos de violencia de género es más amplio que el contenido en ese último Título. Así lo corrobora el artículo 1, apartado 3, precisando que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. La normativa procesal del Título V nos ayudará a concretar estas conductas.

Por otra parte, el artículo 1.1, cifra el objeto de la ley en la violencia que es *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*. Luego, la piedra angular de la violencia de género parece residir en ese carácter abusivo; sin embargo, en las figuras contenidas en el Título IV no se requiere expresamente ese componente discriminatorio. En este desajuste se encuentra el umbral del popular debate acerca de la necesidad o no de que el autor actúe con actitud machista para tildar la violencia ejercida como *de género*. A partir de esos parámetros legales, un sector entenderá que toda agresión del hombre a la mujer unida a él afectivamente, o que lo estuvo en el pasado, debe castigarse como violencia de género, mientras desde otra posición se defenderá la necesidad de acreditar la actuación discriminatoria del autor. Una y otra lectura, encuentran reflejo en la práctica forense.

Hay que añadir que esa noción de violencia de género del artículo 1 no es privativa del orden penal sino que pretende

delimitar el presupuesto de aplicación de la amplia gama de medidas previstas en la propia ley. Algunas de ellas —las del Título IV— consistirán en la modificación de varios artículos del Código penal, para agravar las consecuencias de ciertas conductas. Pero otras medidas serán de índole preventivo, laboral, procesal, funcional... Por ello, el citado artículo 1, al concretar en el apartado 3 el objeto de la ley, no define los “delitos de violencia de género”, sino tan solo esta violencia, usando un concepto menos técnico pensado para todas las disciplinas a las que incumbe la propia norma; por ejemplo, en el ámbito educativo, o en el de los medios de comunicación, la referencia al delito podría resultar confusa al apartarse del lenguaje que comúnmente se suele usar en esos contextos.

Por otra parte, la violencia de género regulada en la LOMPIVG no coincide con las definiciones recogidas en las normas internacionales, donde la violencia contra la mujer normalmente se aborda desde un prisma más amplio, comprendiendo otros escenarios y posibles víctimas. La expresión violencia de *género* es la traducción del inglés *gender-based violence* o *gender violence*, difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995. Con ella 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 patriarcal. Paralelamente, también en nuestro país se identifica muchas veces la violencia de género con la machista en general, sin reducirla al entorno de la pareja, debido a que fuera del campo jurídico se desconoce a menudo el contenido de la LOMPIVG. De este modo, el concepto legal coexiste con esos otros usos corrientes, que manejan incluso otras ramas, como la psicología, la sociología, el periodismo, etc., en ocasiones más influidas por aquellos instrumentos supranacionales que por nuestra legislación particular. Así pues, aunque en la ciudadanía se ha difundido la expresión “violencia de género” hasta formar parte del uso común, en el momento actual todavía carece de un significado unitario. A todo ello se añade que, desde el punto de vista gramatical, la Real

Academia Española ha tachado de inapropiada esa expresión. La palabra *género* significa “conjunto de seres establecido en función de características comunes”, y también “clase o tipo”. En el mundo anglosajón, en cambio, la voz *gender* que en su origen tenía estas mismas acepciones, pasó a utilizarse como sinónima de *sex*, con el fin de evitar este vocablo y, más tarde, como equivalente a “sexo de un ser humano”, no en sentido biológico, sino desde la perspectiva de las diferencias sociales y culturales existentes entre hombres y mujeres². Mas, la citada Academia, ponía de relieve la incorrección de este uso, proponiendo como denominación para la nueva norma, “Ley Integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo”³.

Esa ambigüedad que se aprecia incluso en aquellas áreas a las que se enfoca la LOMPIVG, no se salva tampoco en el orden punitivo. Hemos dicho que en su Título IV se regulan algunos delitos de violencia de género (arts. 153, 171.4...) y que, junto a ellos hay otros encuadrados en el Código penal que también merecen esta calificación. Sin embargo, en ninguno de ellos se emplea expresamente esa expresión; sólo se habla de “*delitos relacionados con la violencia de género*” en la regulación relativa a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Y, a su vez estas disposiciones han sufrido múltiples reformas en los últimos años, reemplazándose en su tenor la mención a la violencia doméstica por esa más reciente alusiva al género.

Pero, el principal punto de inflexión se halla en el aspecto subjetivo. En ningún tipo del Código penal, ni siquiera en los específicos de violencia de género previstos en el Título IV de la

2 Véase, HERNÁNDEZ RAMOS, C.: “La aplicación práctica de los programas formativos a maltratadores en virtud de la LO 1/2004 de medidas de protección integral. La experiencia práctica de Alicante”, en *La Ley Penal*, núm. 21, 2005, pág. 124; y REYNA ALFARO, L.M.: “Género, violencia y Derecho penal sexual”, en BUENO ARÚS, F./KURY, H./RODRÍGUEZ RAMOS, L./ZAFFARONI, E.R. (Coord.): *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 1014.

3 Informe de 19 de mayo de 2004 (www.rae.es).

LOMPIVG, se requiere para su recta aplicación que haya algún signo de discriminación; basta que el hombre realice la conducta prevista contra una mujer con la que haya mantenido la relación afectiva que se cita. Esta omisión ha generado encontradas opiniones. Sobre este extremo hay un amplio abanico de resoluciones del Tribunal Constitucional confirmando esos delitos, cuya adecuación a la Norma Fundamental había sido cuestionada por diversos órganos por entender que dichas figuras no contienen ningún elemento que justifique la mayor punición de esas acciones respecto a las equivalentes realizadas por la mujer. Lo cierto es que en esas resoluciones el citado Tribunal no se pronuncia de un modo manifiesto sobre si es preciso o no que concurra el debatido componente discriminatorio. Así las cosas, a día de hoy sigue viva la polémica sobre el posible juego del artículo 1 de la LOMPIVG en los procesos penales donde se enjuicien delitos de violencia de género.

En el plano judicial tampoco se ha conseguido una respuesta unívoca, debido en buena medida a que el Tribunal Supremo no ha ejercido su función unificadora. Aunque en varias sentencias se decanta por la exigencia de ese trasfondo discriminatorio, hay alguna resolución donde parece respaldar la solución contraria. Ello ha motivado que en la práctica forense se hayan mantenido posturas opuestas, dando lugar a una situación insostenible en tanto conductas similares pueden calificarse como delito o falta, dependiendo del órgano judicial al que le corresponda el enjuiciamiento. A esto se suma que la Fiscalía cuenta con la instrucción de ejercer la acusación cuando se colmen los tipos de violencia de género, prescindiendo del cariz discriminatorio, haciendo mérito a la ausencia de este elemento en esos delitos. De suerte que se abre la vía al dictado de sentencias en las dos direcciones indicadas, tanto las que interpretan la violencia de género en este sentido *mínimo* como aquellas otras que sólo tildan como tal la que es manifestación de esa posición de dominio. Hay que añadir, además, que la terminología usada por los Tribunales lejos de ser esclarecedora contribuye a aumentar la confusión, en tanto

algunas resoluciones reservan la denominación “violencia de género” para los tipos agravados del Título IV de la LOMPIVG, mientras otras siguen el concepto de su artículo 1 reputando tales todos los que reúnen los requisitos expresados en esta norma, con independencia de que se prevean o no en aquel Título (por ejemplo, el homicidio de una mujer cometido por su esposo). De otra parte, no se puede negar que la propia naturaleza de estas conductas, consustancialmente ligadas a la esfera sentimental, hace que se den situaciones peculiares en la práctica, como que la víctima se sitúe del lado del autor, o que haya agresiones mutuas, pudiendo influir en el juzgador en el momento de aplicar la ley. De algunas resoluciones se desprende que el recurso al factor machista responde al designio de no castigar al imputado con la pena del tipo agravado en determinadas circunstancias. Pero, esa disparidad de criterios en las condenas genera diferencias nada deseables desde los primados de justicia y de seguridad jurídica elementales en nuestro Estado de Derecho. No hay que perder de vista que la calificación de una acción como violencia de género conlleva efectos tan gravosos para el autor como la aplicación de figuras específicas en las que ciertas acciones leves, inicialmente constitutivas de falta, se consideran delito, o contemplan una agravación de la pena, además de aplicarse el artículo 57 y las especialidades en materia de suspensión y sustitución. Junto a ello, se atribuye la instrucción a los juzgados especializados y entran en liza las medidas de la LOMPIVG; amén de abrirse la puerta a una eventual detención.

Esta realidad que venimos constatando desde que la LOMPIVG entró en vigor, hizo que nos inclináramos por el tema que se anuncia en el epígrafe de este trabajo, dedicando unas páginas a tratar de desentrañar el significado preciso de la frase “*delitos relacionados con la violencia de género*”, utilizada en el Código penal.

II. Delitos constitutivos de «violencia de género» bajo el telón de la Ley Integral

2.1. Consideraciones previas

Antes de promulgarse la LOMPIVG el legislador había aprobado múltiples medidas para afrontar la violencia doméstica, movido por la creciente presión de la sociedad cada vez más concienciada con esos hechos. Pese a ello, la repulsa contra la denominada *violencia de género* iba ganado terreno, en parte porque las estadísticas oficiales parecían revelar un significativo aumento y en parte también por la repercusión mediática de ciertos sucesos; todavía hoy sigue en mente el caso de Ana Orantes, quemada por su marido tras narrar en televisión los malos tratos sufridos y que supuso un hito decisivo en ese cambio de rumbo de la política criminal⁴. En el año 2004, fallecieron 100 personas por violencia doméstica, de las cuales 84 eran mujeres y 69 murieron a manos de sus parejas. (En años anteriores las víctimas por violencia de género fueron, 51 en el año 2000, 46 en el año 2001, 52 en el 2002 y 70 en 2003)⁵. Ante este panorama, la iniciativa

-
- 4 Sobre la evolución de esta delincuencia, ALONSO ÁLAMO, M.: ¿Hacia el reconocimiento de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho penal de género, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 1 y ss; CORCOY BIDASOLO, M.: “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, pág. 1229; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173.2 y 3 del Código penal: algunas cuestiones”, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad Salamanca, 2004, págs. 711 y ss; y FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, núm. 17, 2004, págs. 72 y ss. Puede verse el ascenso producido en las denuncias en, CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: “La violencia en la pareja”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 307 y ss.
- 5 Informe del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (www.observatorioviolencia.org).

de aprobar una ley para el tratamiento íntegro de esa violencia concitó el consenso de todos los grupos parlamentarios.

En la propia ley se incide, además, en el papel primordial que jugaron las recomendaciones internacionales, instando a los estados a procurar una respuesta conjunta a la violencia ejercida sobre las mujeres. Es común citar algunos documentos como germen de las normas estatales⁶, principalmente, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, la Resolución relativa a la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la Resolución sobre la eliminación de la violencia doméstica contra la mujer, de 2003, todas ellas aprobadas por la Asamblea General de la ONU. Además, se atribuye un especial valor a la «Declaración de Beijing» de 1995 y a la Recomendación (2002)5, de 31 de abril, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Estas normas albergan definiciones muy amplias de la violencia contra la mujer. En la Declaración de la ONU de 1993, que tomarían como patrón otros instrumentos posteriores, se entiende por tal, *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”*.

Pues bien, en sintonía con esas directrices internacionales, la LOMPIVG trata la violencia de género de un modo global, adoptando un amplio abanico de reformas heterogéneas. Ahora bien, de las distintas esferas donde se forja esa violencia, la ley se ciñe a la realizada por el hombre sobre su esposa o pareja sentimental femenina actual o pretérita.

6 VILLACAMPA ESTIARTE, C., en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 43 y ss.

2.2. Características de los «delitos relacionados con la violencia de género»

2.2.1. Precisiones terminológicas

La LOMPIVG es, como indica su denominación, una ley integral y multidisciplinar, es decir, establece medidas de distinta naturaleza para abordar la violencia de género, unas de carácter preventivo (educativas, relativas a los medios de comunicación, etc.), otras dirigidas a los profesionales encargados de su tratamiento (judiciales, destinadas a los poderes públicos, etc.) y otras de protección y asistencia a las víctimas (laborales, económicas, etc.). Entre ellas, en el Título IV —«Tutela penal»— se prevé la reforma de algunos artículos del Código penal para endurecer el régimen aplicable a sus autores. Básicamente, se convierten en delito algunas faltas (lesiones, amenazas, coacciones), se incrementa la pena de ciertos delitos (lesiones), y se endurece la regulación relativa a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Además, se contempla la aplicación de programas específicos en prisión.

Ahora bien, partiendo del artículo 1 LOMPIVG son delitos de violencia de género, no sólo los reformados por esta ley, sino todos los que reúnen las características recogidas en ese precepto; por ejemplo, el homicidio cometido por el hombre de la mujer unida afectivamente a él, es un delito de violencia de género (pues cumple los requisitos de dicho artículo 1), aunque el tipo de homicidio (art. 138 CP) no fue modificado por dicha ley y, por lo tanto, no aparece en su Título IV, aplicándose la misma pena que cuando se trata de un homicidio común. En todo caso, esas infracciones conllevan las medidas de la LOMPIVG: sus víctimas tienen derecho a las ayudas previstas en ella, se juzgan por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, etc. En el orden penal, se les aplican las normas relativas a la suspensión y sustitución de la pena, y al desarrollo de programas específicos en el ámbito penitenciario.

Pero, sabemos que en el artículo 1 LOMPIVG se define la “*violencia de género*” y que, como decimos, en su Título IV

se prevé la reforma de algunos artículos del Código penal. Sin embargo, en estas normas se hace un escaso uso de esa expresión. Únicamente se utiliza en la regulación relativa a la suspensión y sustitución de la pena; en concreto, los artículos 83.1.6, párrafo segundo, 84.3, y 88.1, párrafo tercero, contienen algunas especialidades para los condenados por “*delitos relacionados con la violencia de género*”. Los demás artículos del Código modificados por dicha ley (arts. 148, 153.1, 171.4 y 172.2)⁷ establecen consecuencias más graves en ciertas conductas, “*cuando 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*”, pero no aluden explícitamente a la violencia de género. Junto a estas referencias, dentro del Título IV, el artículo 42 dispone también que “La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por *delitos relacionados con la violencia de género*”.

A continuación trataremos de definir esos delitos. Para ello atenderemos no sólo al Título IV —«Tutela penal»— de la LOMPIVG, sino al conjunto de su articulado y, sobre todo, a su artículo 1 y al Título V —«Tutela judicial».

2.2.2. *Sujetos del delito*

A) Violencia contra la mujer. La relación de afectividad como seña de identidad de la violencia de género

La definición de violencia de género se desprende del artículo 1 LOMPIVG: *1. 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...3. La violencia de género a que se*

7 Además, se reforman los artículos 468 y 620 CP, pero no son específicos de violencia de género.

refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Luego, a tenor de esta regulación, la violencia de género se vertebra en torno a las siguientes notas: es ejercida por un hombre sobre una mujer; que es o ha sido su cónyuge, o que está o ha estado ligada al autor por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia; es manifestación de una relación de discriminación y de poder del hombre sobre la mujer; y, comprende todo acto de violencia, física y psicológica.

Durante el debate parlamentario, se justificó la restricción de la tutela específica a la mujer. El Ministro de Trabajos y Asuntos Sociales, en la presentación del Proyecto ante el Pleno del Congreso razonó la previsión de una serie de medidas “*cuya destinataria es exclusivamente la mujer, pues la problemática social que manifiesta esta violencia de género la padecen, o tienen el riesgo de padecerla, fundamentalmente las mujeres*”; por lo tanto, se opta “*por un derecho desigual para la igualdad, ignorando por completo el otro fenómeno de la violencia de género, esto es, la sufrida por varones, bajo la convicción de los efectos favorables que un trato desigual, incluso en materia penal, puede generar en el reequilibrio de situaciones de partida desiguales*”⁸. Además, se aludió a la cuestión terminológica, constatando el Grupo Socialista que las expresiones “*violencia de género*”, “*contra la mujer*” o “*sobre la mujer*” se utilizaban como sinónimas⁹.

La Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, «sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género», precisó que los hechos delictivos se reputarán violencia de género *cuando tengan a una*

8 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 39, Sesión plenaria núm. 35, celebrada el 7 de octubre de 2004.

9 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 91, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión plenaria núm. 13, celebrada el 30 de septiembre de 2004.

mujer como sujeto pasivo, a un hombre como sujeto activo y entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o similar de afectividad, aun sin convivencia. Así lo reiteró la Circular 4/2005, de 18 de julio, de esa Fiscalía, «relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género». Y, el Tribunal Constitucional, en Pleno, en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, declaró que la violencia de género se da de hombre a mujer.

Por lo tanto, no son delitos de violencia de género los cometidos contra las demás personas enumeradas en el artículo 173.2 CP, aunque sean mujeres, por ejemplo, contra la madre, la hija, la hermana, etc. Asimismo, tampoco es violencia de género la practicada por una mujer frente a un hombre. Y entendemos que tampoco la realizada contra otra mujer, atendiendo a la dicción de los tipos agravados (que hablan de la esposa, o mujer... ligada “al autor” —art. 148.4 CP—, o ligada “a él” —arts. 153.1, 171.4, 172.2 CP—), amén de la mención expresa al hombre como sujeto activo que hace el artículo 1 LOMPIVG. No obstante, sí podrá darse esa violencia en parejas de transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es varón y la víctima mujer; no cabe, en cambio, en las parejas homosexuales, aunque hayan contraído matrimonio. Así se ha resuelto en la jurisprudencia, desde una interpretación acorde con la prohibición de analogía (*in malam partem*, en este caso) que rige en nuestro Derecho. Como ejemplo, en la STS 6980/2009, de 4 de noviembre, se estimó el recurso, apreciando una falta de amenazas del artículo 620 CP, en lugar del delito del artículo 171.4 CP, porque el único soporte argumental para aplicar esta norma fue que “*entre el amenazante y el amenazado existía una relación de pareja conviviente, siendo en aquel momento compañeros sentimentales*”. Sin embargo, dice el Tribunal, el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo ha de ser..., una mujer y “*no prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino*”. Igualmente, en la STS 136/2012, de 6 de marzo, el Tribunal afirmó que “*por tratarse de una pareja homosexual —dos hombres—, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género,*

pues ese «género» es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre". Del mismo modo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 199/2010, de 8 de marzo, se confirmó la resolución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción, porque *"la víctima psíquicamente se percibe como perteneciente al género femenino pero físicamente sigue siendo un varón"* y *"esta situación de indefinición no ha sido tampoco resuelta administrativamente por el interesado"*. Conviene precisar que este último dato es el decisivo, por cuanto para efectuar la rectificación legal no es necesario que la persona se haya sometido a una intervención de reasignación sexual¹⁰.

En consonancia con esa especificidad de la víctima, los juzgados creados por la LOMPIVG para instruir estos ilícitos se denominan Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 43), y surge la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (art. 70).

Por otra parte, de los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la violencia de género, la LOMPIVG solamente aborda los casos en que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por *relación similar de afectividad, aun sin convivencia*.

En la jurisprudencia se ha ido precisando cuándo se da esa similitud. Así, la STS 510/2009, de 12 de mayo, señaló que *"lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor"*. Y, en la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, se matiza que *"tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo..., esto es, aquellas que..., denotan una*

10 Artículos 4 y 5 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo.

situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual” (en el supuesto enjuiciado se admitió la relación de pareja sentimental, aunque datase tan solo de un mes)¹¹. Se ha precisado, además, que el requisito de la edad de la víctima no es relevante¹².

Por último, si la razón de ser del incremento punitivo es el propósito de poner coto a la violencia machista ejercida por el hombre en el contexto de la pareja, nos parece elemental que el delito guarde conexión con la relación amorosa¹³. Poniendo un ejemplo banal, si el autor conociendo los bienes que posee una antigua novia aprovecha esta circunstancia para cometer un robo en su domicilio, los hechos no tienen por qué calificarse como violencia de género al no estar ligados a ese episodio afectivo. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, requiriendo *“que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida”* —relación matrimonial o asimilada—¹⁴.

B) La protección de las personas especialmente vulnerables

Vemos que la violencia de género tiene como destinataria siempre a una mujer. Sin embargo, en los delitos regulados en el Título IV de la LOMPIVG la pena se eleva también cuando *“la*

11 En igual dirección, la STS -Sala 2ª- 136/2012, de 6 de marzo. Véase, también, la STS -Sala 2ª- 42/2009, de 8 de enero y el ATS -Sala 2ª- de 24 de febrero de 2012.

12 SAP de Alicante, 642/2007, de 5 de octubre.

13 De esta opinión, MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia de género y el Código Penal”, en *La Ley Penal*, núm. 16, 2005, pág. 70.

14 ATS —Sala 2ª— 1100/2010, de 27 de mayo. En el mismo sentido, la STS —Sala 2ª— 1197/2005, de 14 de octubre y la SAP de Sevilla, de 18 de marzo de 2005.

víctima es una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (arts. 148, 153.1, 171.4, y 172.2 CP).

Si desconociéramos la tramitación parlamentaria nos resultaría paradigmático que, siendo una ley encaminada a combatir *la violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo*, se ampare también a esas personas en atención a su situación de especial vulnerabilidad, prescindiendo de su sexo. Desde el momento en que el ofendido puede ser un hombre, parece hacer aguas la lucha contra *la discriminación, la situación desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, proclamada en el artículo 1, abriendo el portillo a otros objetivos relacionados con la tutela de las personas en situación de especial debilidad. Pero llegados a este punto, el sentido común nos lleva a preguntarnos si para este viaje eran necesarias tantas alforjas. Si se incluye en la esfera de protección de la LOMPIVG a todas las personas especialmente vulnerables que conviven con el autor, dando entrada a los varones, en buena coherencia jurídica habrá que admitir que esos delitos pueden ser cometidos también por una mujer¹⁵, pues es evidente que el fundamento para endurecer la pena en aras a eliminar el machismo se desvanece. La justificación de esta agravación parece radicar entonces en la necesidad de salvaguarda de esos individuos debido a su posición de debilidad. Si ello es así, podría pensarse que la tutela reforzada a la mujer también responde a su condición generalmente más frágil a la del hombre. Si no ¿qué sentido tiene reunir la protección de ambos —mujeres y personas vulnerables— en una misma ley? ¿Por qué entonces no contemplar sin más como víctimas a las personas especialmente vulnerables? Y más aún, ¿por qué conceder un régimen de tutela especial a la mujer en el ámbito de la relación de pareja?, ¿por qué excluir a las demás mujeres que conviven en el hogar familiar? Todos estos interrogantes se despejan acudiendo al proceso de gestación de la ley.

15 Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 59/2008, de 14 de mayo (F.J.4º).

Los Diarios de sesiones de las Cámaras y los informes acerca del Anteproyecto nos revelan que la inclusión de estas personas especialmente vulnerables, se debió a un intento de salvar las objeciones formuladas contra el texto original por la eventual violación del principio de igualdad al proteger sólo a la mujer, dejando fuera a otras personas también situadas en una posición de inferioridad respecto al autor. En este sentido se pronunció el Consejo General del Poder Judicial¹⁶: *“Aunque la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial, también están presentes los de violencia contra hombres, ascendientes y contra menores..., la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone..., la circunstancia de que estas personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas...”*.

La Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, haciéndose eco de esas voces que cuestionaban la constitucionalidad del texto (de esta opinión, algunos grupos parlamentarios), propuso la incorporación de un nuevo apartado en el artículo 148 CP que, sin *“eliminar la columna vertebral del proyecto de ley respecto a esa especial protección de la mujer”*, daría cabida *“a cualquier otra persona especialmente vulnerable: discapacitado, anciano, menor”* (en semejantes términos, respecto a los arts.153, 171 y 172 CP)¹⁷.

Estas intervenciones nos proporcionan el concepto de persona especialmente vulnerable, coincidente, además, con el mantenido en la jurisprudencia, principalmente en el campo de

16 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, del Consejo General del Poder Judicial.

17 Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, en transacción con otras del Grupo Popular, y de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya.

los delitos contra la libertad sexual¹⁸, donde como es sabido, el Tribunal Supremo ha predicado esa condición de quienes por su edad, estado físico o psíquico o condiciones personales con relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor. Desde este prisma, se incluye a las personas de corta o avanzada edad, enfermas, privadas de sentido, con trastorno mental, y otras en situación de inferioridad en atención a las circunstancias concurrentes¹⁹. En este caso, insistimos, es indiferente el sexo de la persona especialmente vulnerable (así lo confirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 59/2008, de 14 de mayo).

En la Exposición de Motivos de la LOMPIVG se justifica la protección específica de los menores, teniendo presentes también los intereses de la mujer. De esta forma lo explicaba la Guía Práctica del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género: “...no cabe duda de que los hijos son utilizados con frecuencia como instrumento de violencia contra la mujer, sin perjuicio del maltrato psicológico que, en todo caso, sufren, por ser testigos directos de actos violentos reiterados y habituales en el seno familiar...”.

Como era de esperar, el enclave en la LOMPIVG de esas personas especialmente vulnerables no fue visto con buenos ojos por algunos sectores de opinión. Decía MAQUEDA ABREU que de esta forma, “la protección penal que la ley integral otorga frente a los actos de maltrato dista mucho de ser sexuada”, lo que resulta incongruente tratándose de una ley dirigida a combatir la violencia de género²⁰.

18 La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, estima aplicable a efectos de esta definición dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo.

19 Así, en la STS-Sala 2ª- de 29 de septiembre de 2003, se apreció esa condición en una inmigrante irregular que fue requerida por un policía para mantener relaciones sexuales en una oficina de inspección y control.

20 MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, La Ley, núm. 18, pág. 178. Igualmente, ACALE SÁNCHEZ, M., en VILLACAMPA ESTIARTE, C.

Desde luego, nos parece encomiable otorgar un especial blindaje a las personas en posición de inferioridad respecto al autor. Además, este régimen contrarresta los recelos que despierta la protección exclusiva de la mujer. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, destacando la equiparación penológica que se logra cuando la conducta la realiza la mujer respecto a su compañero sentimental, si éste es especialmente vulnerable, merced a la aplicación de las figuras referidas a estas personas²¹. Ahora bien, todo ese devenir legislativo ha llevado a contemplar en un mismo precepto (arts. 153.1, 171.4...) tipos con fundamentos distintos, haciendo que una motivación tan meritoria como acabar con el arraigado machismo parezca insuficiente desde la óptica del principio de igualdad para dotar a los delitos de violencia de género de carácter constitucional, si no se acompañan de los dedicados a esas personas débiles. Sin embargo, el propio Tribunal ha declarado que la tutela de la mujer no se debe a su condición de vulnerable, sino a la situación de subordinación al hombre en la que tradicionalmente ha estado sumida; por lo tanto, los principios que informan los respectivos tipos agravados son dispares y en este sentido entendemos que esa regulación conjunta es inadecuada.

2.2.3. Conductas catalogables como violencia de género

El artículo 1 LOMPIVG, en su apartado 3 dispone: “*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. Esta cláusula abierta plantea algunos interrogantes en cuanto a los delitos que pueden calificarse

(Coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, cit., págs. 110 y 111. Algunas críticas, también, en LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2 (Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género), 2005, pág. 93.

21 Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 59/2008, de 14 de mayo (F.J.4).

como “violencia de género”. De todos modos, una interpretación sistemática permite identificarlos.

Para ello, hay que tener en cuenta las competencias atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados en la propia ley (art. 43). Dichos órganos tendrán competencia para conocer, en el orden penal: *“De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los Títulos del Código penal relativos al homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”* (arts. 44 y 58 LOMPIVG, que modifican el art. 87 ter 1 a) de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el art. 14.5 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente).

De esta forma, se pueden considerar delitos de violencia de género los regulados en los Títulos I a VIII CP, a excepción de los del Título V, relativos a la manipulación genética.

Así, por ejemplo, en la jurisprudencia se han calificado como violencia de género, los delitos de homicidio (art.138), lesiones (art.148.4), malos tratos (art. 153.1), amenazas (art.171.4), malos tratos habituales (art.173.2), violación (arts. 179, 181.4, 183.3)²², etc. No obstante, diversos Tribunales reservan la

22 SSTS —Sala 2ª— 1048/2005, de 15 de septiembre y 761/2007, de 26 de septiembre (homicidio); 821/2009, de 26 de junio y 336/2011, de 3 de mayo (lesiones); 568/2007, de 26 de junio, 58/2008, de 25 de enero, 13/2009, de 20 de enero, 338/2009, de 2 de abril, 1148/2009, de 25 de noviembre y 1099/2010, de 21 de noviembre (malos tratos); 268/2010, de 26 de febrero y

denominación “violencia de género” para aquellas figuras que a partir de la LOMPIVG reciben un tratamiento más severo. En esas resoluciones se habla sin más de delito de homicidio, asesinato, lesiones, malos tratos, amenazas, violación, coacciones, detención ilegal²³, etc., pese a ser la víctima la esposa o ex esposa o mujer sentimentalmente unida al autor. Es ejemplificativa, la STS 21/2011, de 26 de enero, que confirmó la condena por un delito de violación, otro de violencia psíquica habitual, uno de violencia de género en su modalidad de amenazas, y una falta de injurias, todos ellos cometidos por el acusado contra su ex mujer. Aunque en esas resoluciones está ausente la expresión “violencia de género”, la instrucción correspondió a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, dato que confirma esa consideración. Por ende, pese a no comportar una pena superior, dan lugar a las medidas de la LOMPIVG. En realidad, esta última terminología refleja una idea bastante extendida en nuestra sociedad, donde con frecuencia se identifican los delitos de violencia de género con los tipos de nuevo cuño regulados en el Título IV, principalmente, con el recogido en el artículo 153.1 CP. Sin embargo, a poco que se reflexione se advierte la incongruencia que supondría atribuir los beneficios de la ley a las víctimas de una leve amenaza, coacción o lesión, y privar de ellos a las mujeres que han sufrido acciones más graves, pensemos en unas lesiones con mutilación, una agresión sexual, un intento de homicidio o asesinato, o unos malos tratos habituales.

21/2011, de 26 de enero (amenazas); 1189/2006, de 22 de noviembre (violación); 292/2009, de 26 de marzo y 765/2011, de 19 de julio (malos tratos habituales).

23 SSTS —Sala 2ª— 60/2011, de 28 de enero, 9/2011, de 31 de enero, 111/2011, de 22 de febrero, 809/2011, de 18 de julio, 765/2011, de 19 de julio y 687/2012, de 12 abril (homicidio); ATS —Sala 2ª— 1087/2008, de 30 de octubre (asesinato); SSTS —Sala 2ª— 111/2011, de 22 de febrero y 809/2011, de 18 de julio (lesiones); 765/2011, de 19 de julio (malos tratos); 13/2009, de 20 de enero y 61/2009, de 20 de enero (amenazas); 687/2012, de 12 abril (violación); 61/2009, de 20 de enero (coacciones); y 61/2009, de 20 de enero (detención ilegal).

Ahora bien, a nadie se le oculta que esta noción amplia de los “delitos relacionados con la violencia de género”, conlleva ciertas divergencias penológicas que a nuestro modo de ver tampoco son atinadas; esos delitos más graves conservan la pena prevista en los tipos comunes sin que su calificación como violencia de género entrañe consecuencias punitivas para el autor, más allá de la agravante de parentesco, con un fundamento distinto a la discriminación. El hombre que causa lesiones graves a su esposa, la agrede sexualmente, la maltrata de modo habitual, o la mata, no ve incrementada su pena pese a que muchas veces esas acciones simbolizan el machismo más perverso. No es insólito leer en las resoluciones judiciales que condenan esos sucesos frases del tenor de la que diera nombre a la película francesa de Leconte “*La maté porque era mía*”, o “*si no eres mía no serás de nadie*”, que hoy abandera la cruzada contra la violencia de género en las redes sociales. Pese a ello, justamente esas conductas no reciben un castigo mayor cuando las comete el hombre abusando de su posición de dominio sobre la víctima. En la doctrina se han buscado posibles justificaciones a esa decisión del legislador de no elevar la pena de esos delitos cuando constituyan violencia de género. En este sentido, se apunta que la sanción en ellos ya es bastante grave, que la penalidad de las faltas, convertidas ahora en delito, resultaba insuficiente desde el punto de vista de la prevención general, que se han querido combatir especialmente las conductas menores por ser más frecuentes y desembocar a menudo en esas otras de mayor entidad, etc.²⁴. Pese a todo, nos

24 ACALE SÁNCHEZ, M.: “Sobre el fundamento de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género en materia penal”, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 2007 (www.editorialreus.es/rglj); BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A.: “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, cit., págs. 25 y 26; GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema*

sucede algo similar que con la atención a las personas especialmente vulnerables; seguramente la sanción del homicidio, de los delitos contra la libertad sexual, lesiones, etc., es suficiente severa y aumentarla podría dar lugar a una pena desproporcionada. Sin embargo, no deja de resultarnos anómalo que precisamente las conductas que encarnar las manifestaciones más atroces de la violencia de género, escapen a la política de endurecimiento penal adoptada por el legislador en esa ley especial.

Por eso, quizá se conseguiría un régimen más coherente introduciendo en el Código penal una agravante genérica, en el sentido propuesto por COMAS D´ARGEMIR y QUERALT JIMÉNEZ²⁵, aplicable en los casos en que el hombre use violencia hacia la mujer que es o ha sido su esposa o pareja sentimental abusando de su posición de dominio. Bien es cierto que incrementar la pena de ciertos delitos graves nos suscita reparos. O, como después diremos, incluyendo expresamente en el Código penal

penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 666; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 491; y MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, cit., pág. 178.

- 25 COMAS D´ARGEMIR I CENDRA, M./ QUERALT I JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, cit., pág. 1209; COMAS D´ARGEMIR I CENDRA, M.: “La Ley integral contra la Violencia de Género”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, cit. pág. 50; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Addenda a la 4ª edición de Derecho Penal español. Parte especial*, 2005, (www.atelierlibros.es/actualizal/Addenda%20Derecho%20penal.pdf), págs. 21 y 23. Acoge esta propuesta, COLÁS TURÉGANO, A.: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENQUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., págs. 385 y ss.

el requisito de la discriminación como condición indispensable para castigar un hecho como violencia de género.

Por otra parte, hemos visto que a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se les atribuye la instrucción de los delitos regulados en los Títulos I a VIII CP, no sólo cuando el autor los realiza contra una mujer, sino también cuando son “*cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente*”. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1 LOMPIVG son delitos de violencia de género únicamente los dirigidos *contra las mujeres por el hecho mismo de serlo*, como reza su Exposición de Motivos, aunque debido a ciertas vicisitudes producidas durante la tramitación parlamentaria de la ley se incluyó, como vimos, a las personas especialmente vulnerables como víctimas de algunos tipos agravados; pese a ello, la violencia contra un menor u otra persona especialmente vulnerable no es violencia de *género*. Así lo confirman los artículos 87 ter 1 a) de la LOPJ y 14.5 a) de la LECrim (reformados por la LOMPIVG), antes trascritos, donde se diferencian los delitos cometidos contra la esposa o mujer unida afectivamente al autor, de los realizados contra descendientes, menores o incapaces, atribuyendo competencia al Juzgado de Violencia contra la Mujer respecto de estos últimos ilícitos tan solo “*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*”. Además, a esos Juzgados no se les encomiendan los delitos cometidos contra todas las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (lo que confirma que no son propiamente víctimas de la violencia de género), sino tan solo los recaídos sobre descendientes, menores o incapaces, por entender que la violencia sobre la mujer les afecta directa o indirectamente. Por otra parte, en el artículo 1.1 LOMPIVG, donde se define la violencia de género, se omite la mención a esas personas especialmente vulnerables, silencio que para la Fiscalía General del Estado impide considerarlas víctimas de esos delitos, como se indica en la Circular 4/2005, de 18 de

julio. En consecuencia, a sus autores no se les aplican las normas especiales en materia de suspensión y sustitución de la pena.

Pero, además de instruir los delitos de los Títulos I a VIII CP, cuando se cometan contra la esposa o ex esposa o pareja afectiva, o contra los descendientes, menores o incapaces, los Juzgados de Violencia contra la Mujer conocerán, en el orden penal, de un segundo tipo de procedimientos: “*De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en el artículo anterior*” (arts. 44 y 58 LOMPIVG, que modifican el art. 87 ter 1 b) de la LOPJ, y el art. 14.5 b) de la LECrim). En este caso, en cambio, no se añade la cláusula final “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”.

Pues bien, relacionando estas normas con el artículo 1 LOMPIVG, y con los tipos del Capítulo III del Título XII del Libro II CP («De los delitos contra los derechos y deberes familiares») hay que concluir que estos delitos no son violencia de género, ya que su víctima no es una mujer sino un menor o incapaz, amén de no conllevar muchos de ellos la violencia exigida en el artículo 1.3 LOMPIVG. Los únicos, dentro de esa sede, que pueden tener como sujeto pasivo a una mujer son los tipificados en los artículos 226 y 227 CP, pero en ellos no concurre violencia ni intimidación, y por lo tanto, tampoco son violencia de género. No obstante, la omisión de la citada cláusula vinculando el conocimiento de estos ilícitos a la concurrencia de otro de violencia de género, creó la duda procesal de si la instrucción de estos procesos correspondía a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en todo caso. La Audiencia Provincial de Madrid, en Acuerdo no Jurisdiccional de 16 de diciembre de 2005, recogió la postura compartida por los Tribunales: “La competencia es de los Juzgados especializados siempre y cuando existan actos de violencia contra la mujer, y no en aquellos casos en que el incumplimiento del pago de pensiones no tenga relación alguna con actos de violencia de género”. Luego, quedaba claro que para la Magistratura no se trata de violencia de género.

Así lo corrobora también la ubicación separada de ambas clases de infracciones, los delitos de violencia de género y los relativos a derechos y deberes familiares, en dos párrafos distintos (*a* y *b*, respectivamente) de los dos preceptos señalados (art. 87 ter 1 de la LOPJ y art. 14.5 de la LECrim). La asignación de esas competencias a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, seguramente responde al propósito de centralizar los asuntos concernientes a la esfera familiar, asumiendo dichos órganos las causas penales y civiles producidas en este contexto.

Antes de concluir debemos observar que además de los incluidos en los Título I a VIII CP, puede haber otros delitos de violencia de género, regulados en otras sedes del propio texto punitivo. Esta posibilidad se desprende de la definición del artículo 1.3 LOMPIVG, que utiliza una cláusula general, englobando en esta categoría “*todo acto de violencia física y psicológica*”. Y también, de los artículos 44 y 58 LOMPIVG, pues estos preceptos confían a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal, además de los delitos enumerados expresamente, de “*cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación*”.

2.3. La problemática relativa al elemento discriminatorio

2.3.1. Introducción. Posibles interpretaciones de los tipos de violencia de género

Hemos visto que la LOMPIVG, siguiendo los dictados internacionales, ha tratado la violencia de género desde distintos frentes, adoptando medidas que atañen a disciplinas diversas. Pero la conciliación de esas normas de naturaleza dispar ha ocasionado normales desajustes; en las primeras páginas aludíamos a la polémica surgida en torno al perfil machista de la conducta que, a juicio de algunos Tribunales y de un sector doctrinal es necesario para completar los tipos de violencia de género. Cuestión controvertida precisamente porque esos delitos no contemplan tal elemento discriminatorio, aunque se recoge en la ley como un rasgo

esencial de esa violencia, al definirla como presupuesto de todas las medidas previstas, entre las que se encuentran las reformas del Código penal necesarias para incorporar esas figuras nuevas agravadas. El debate sigue candente tras resolverse las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra esos delitos, con las consecuencias que fácilmente cabe intuir por la concurrencia de soluciones judiciales opuestas sobre un mismo elemento. A ese aspecto nos vamos a referir a continuación.

Según vimos, en la Exposición de Motivos y en el artículo 1 LOMPIVG el legislador deja sentado que el objeto de la ley se ciñe a la llamada «violencia machista» en el marco de la relación afectiva. Trasladando esta idea a las figuras previstas en el Título IV, puede entenderse que sólo regirán cuando el hombre use la violencia para subyugar a la mujer, o como dice la ley, por considerarla inferior por razón de su sexo. Ahora bien, esta lectura topa con un óbice importante, pues en los delitos regulados en ese Título no se requiere expresamente que la acción del autor responda a motivos discriminatorios. De suerte que, siendo el tipo el que delimita el injusto, bien puede entenderse que para colmar esos delitos no es necesario que el hombre actúe bajo esa creencia de superioridad respecto a la víctima; basta que realice la conducta típica y se dé el vínculo afectivo. Pero, desde esta óptica, habrá que buscar la justificación para castigar más duramente esas acciones en comparación con otras objetivamente iguales protagonizadas entre otros sujetos.

En este sentido, atendiendo al objeto de la ley señalado en el artículo 1, se podría simplemente presumir que en todo caso la violencia realizada por el hombre contra la mujer dentro de la relación amorosa se debe a esa actitud dominante. Pero si se tratara de una presunción *iuris et de iure*, como dice GONZÁLEZ CUSSAC, estaríamos ante un “delito de sospecha”, contrario a la presunción de inocencia²⁶; y de ser *iuris tantum* necesariamente

26 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ

abriría la puerta a la prueba de la inexistencia de ese abuso, rechazando en este caso la presencia de violencia de género. Como veremos, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aportado una fundamentación distinta.

Así pues, en el artículo 148 CP, se permite agravar la pena del delito de lesiones previsto en el artículo 147 CP, “si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” (apartado 4); e, igualmente, “si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (apartado 5). En ambos casos, en lugar de la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 147 CP), podrá aplicarse la pena de *prisión de dos a cinco años* (art. 148 CP). En el artículo 153.1 CP se convierte en delito la falta de lesiones o malos tratos cuando la realiza el hombre contra esos mismos sujetos. La pena es *prisión de seis meses a un año* o trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, el artículo 153.2 CP también tipifica esa falta como delito cuando la acción se comete contra alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 CP, a excepción de las del párrafo anterior. Aquí tendría encaje la agresión de la mujer al hombre. En este caso la pena es *prisión de tres meses a un año*, manteniéndose las demás sanciones. En el artículo 171.4 CP se transforma la falta de amenazas en delito, igualmente cuando la realiza el hombre contra la mujer o persona especialmente vulnerable. La pena es *prisión de seis meses a un año* o trabajos en beneficio de la comunidad. En el artículo 171.5 CP también se castiga la falta de amenazas como delito si se da contra las personas del artículo 173.2 CP, pero sólo cuando la amenaza leve se realice *con armas u otros instrumentos peligrosos*, en otro caso, seguirá sancionándose como falta. La pena de *prisión es de tres meses a un año*, conservándose las otras sanciones. Y en el artículo 172.2 CP se tipifica como delito la falta de coacciones del hombre a la mujer o persona especialmente vulnerable. La pena es de *prisión*

COLOMER, J.L. (Coord.): *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universidad Jaume I, Castellón, 2007, págs. 407 y ss.

*de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad*²⁷. Las coacciones leves entre otros miembros del núcleo familiar se castigarán conforme al párrafo tercero del artículo 620.2 CP. La pena es *localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad*.

Los argumentos manejados durante la tramitación parlamentaria parecen sugerir la pretensión del legislador de aplicar esos tipos en cuanto se den las acciones descritas: mantener la condición de delito de toda actitud de amenaza o coacción “*es una forma de atacar directamente la raíz porque todos los estudios empíricos que hay, entre otras muchas razones, indican que raramente ocurre que con esa primera denuncia sea la primera vez que se produce esa amenaza o coacción. En todo caso, la propia redacción del Código penal no significa ni impone que tenga pena de prisión desde la primera vez que ocurra o que tenga una condena, con lo cual el Juez tendrá también la posibilidad de rebajar la pena en un grado, según las circunstancias*”²⁸.

En cambio, una interpretación sistemática de la LOMPIVG inclina hacia la exigencia de ese factor discriminatorio. Si de acuerdo con los artículos 44 y 58 son delitos de violencia de género, también el homicidio, el aborto, etc., y estos ilícitos no han recibido un tratamiento específico en esa ley, rigiendo los tipos comunes, parece lógico pensar que lo que los individualiza es el agregado de machismo. De ser así, carecería de sentido precisar este elemento en estos delitos *genéricos* de violencia de género y obviarlos, en cambio, en las figuras agravadas del Título IV. Por el contrario, si no se requiere ese matiz de abuso, todo acto de violencia física o psíquica habrá de catalogarse como violencia de género, si se dan los dos elementos relativos a los sujetos y

27 Los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 CP prevén, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y facultativamente inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

28 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 91, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión plenaria núm. 13, celebrada el 30 de septiembre de 2004.

al lazo afectivo, lectura que, como veremos, a nuestro entender se aparta no sólo de las garantías constitucionales que deben presidir nuestro Derecho penal sino también del propio objeto de la LOMPIVG, a tenor de su artículo 1. Por otra parte, el artículo 87 ter 4 LOPJ —introducido por el art. 44 LOMPIVG— dispone 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”. Por lo tanto, esta cláusula podría abonar la tesis favorable a la necesidad de que el Juez compruebe el factor discriminatorio²⁹.

Pues bien, a partir de estas premisas, se mantienen dos posturas contrapuestas en cuanto a la necesidad de comprobar en el juicio penal la actitud de dominación del autor. En sentido negativo se manifestó Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, señalando que “la LOMPIVG entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja”. A favor de una lectura restrictiva se pronunció, en cambio, el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto precisando la constatación del móvil machista del hombre para que entren en escena los delitos de violencia de género³⁰.

29 En este sentido, CUBILLO LÓPEZ, I.: “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S./CUBILLO LÓPEZ, I.J./JAÉN VALLEJO, M./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./NUÑEZ FERNÁNDEZ, J./REQUEJO NAVEROS, M.T.: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Colex, Madrid, 2006, pág. 133; y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal, algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S./CUBILLO LÓPEZ, I.J./JAÉN VALLEJO, M./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./NUÑEZ FERNÁNDEZ, J./REQUEJO NAVEROS, M.T.: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, cit., págs. 38 y 39 y 58 y ss. En cambio, la Circular 4/2005 mantiene otra interpretación.

30 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, del Consejo General del Poder Judicial.

En la doctrina, han sido muchas las voces que han manifestado también que el autor ha de actuar impulsado por motivos de discriminación por razón del sexo de la víctima³¹. Otros autores,

- 31 ALASTUEY DOBÓN, M.C.: “Desarrollo parlamentario de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, cit., págs. 57 y ss; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *CPC*, núm. 95, 2008, pág. 33; BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M^a A.: “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, en *La Ley*, 2004-5, pág. 1577; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 156; COLÁS TURÉGANO, A.: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pág. 383; COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, M./ QUERALT I JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”, cit., pág. 1210; CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 361; DE LA CUESTA ARAZAMENDI, J.L.: “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDARIEZU, A./ALCÁCER GUIRAO, R./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 208; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 606; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.): *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, cit., págs. 407 y ss; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 573; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, págs. 136 y ss; RUEDA MARTÍN, M.A.: “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*,

sin embargo, entienden que esas circunstancias a las que alude la ley no son más que elementos definitorios de la violencia de género y no criterios destinados a valorar ánimo específico alguno por parte de quien la ejerce³². Y en la jurisprudencia vamos a ver posturas discrepantes.

cit., pág. 286; y TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 935.

- 32 MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, cit., pág. 179. De igual opinión, SÁNCHEZ YLLERA, I.: “*Los hombres que pegaban a sus mujeres pero no querían maltratarlas*”, Ponencia presentada en el Seminario de Unificación de criterios entre Audiencia Provinciales y Juzgados con competencias en Violencia sobre las mujeres, promovido por el CGPJ, que se desarrolló en Madrid del 11 al 13 de abril de 2012. Desde una posición crítica, ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pág. 86; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., págs. 24 y 25; CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 217; GÓMEZ RIVERO, M.C.: “Presunciones y Derecho penal”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., págs. 773 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., págs. 483 y ss; MANJÓN CABEZA OLMEDA, A.: “Dominación y machismo: ¿Quién decide? (A propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el art. 148.4 CP)”, en *La Ley*, núm. 7496, 2010 (diariolaley.laley.es); NÚÑEZ CASTAÑO, E., en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010,

Por otra parte, en la doctrina y en la práctica forense, ese rasgo añadido se define en algunas ocasiones como intención, ánimo o sentimiento, mientras en otras se trata de concretar de modo objetivo, requiriendo que esa violencia responda al modelo machista. En este sentido, el Anteproyecto de la LOMPIVG definía la violencia de género como “*instrumento*” para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (art. 1.2), sustituyéndose después aquel término por el de “*manifestación*” de dicha discriminación..., por considerarse más objetivo³³. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, a la que a continuación aludiremos, señala que “el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y *objetivamente* a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto” (F.J.9). Pero, como pone de manifiesto VIVES ANTÓN, el dolo no puede concebirse como un proceso mental, puesto que éste se desarrolla en el interior de la conciencia del sujeto y es, por tanto, inaccesible a la constatación empírica, de modo que sólo cabe afirmarlo a partir de parámetros normativos, es decir, habrá de deducirse mediante un juicio de inferencia de la conducta externa, a través de pruebas indiciarias. De igual forma, los elementos subjetivos del tipo tampoco pueden entenderse como procesos internos, sino que han de derivarse de la acción exteriorizada³⁴. Así pues, con independencia de cómo se designe ese elemento discriminatorio, en el juicio penal habrá que atender a la conducta del autor, para ver si su sentido coincide

pág. 139; y PAÚL VELASCO, J.M.: “Aspectos penales de la LO 1/2004: experiencias de su aplicación”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *La violencia de género en la ley*, cit., págs. 234 y ss.

33 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, del Consejo General del Poder Judicial.

34 VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 233 y ss; y, *Fundamentos del sistema penal (2ª edición). Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 625 y ss.

con el de las acciones socialmente consideradas machistas. Esto, claro está, si se concluye que se precisa el repetido abuso.

A nuestro modo de ver, los argumentos sistemáticos esbozados no permiten afirmar con la rotundidad que deseáramos que el círculo de delitos de violencia de género se cierra en aquellos actos que reflejan la intención del hombre de subyugar a la mujer. Por el contrario, nos parece que hoy por hoy ese elemento machista no se precisa en la legislación vigente. Sí que consideramos indispensable incorporarlo, como después diremos.

2.3.2. *Declaraciones del Tribunal Constitucional*

La configuración legal de los tipos agravados de violencia de género ha determinado que desde distintos sectores se haya cuestionado su constitucionalidad. En esas figuras el sujeto activo es siempre un hombre y la víctima una mujer, que están o han estado unidos sentimentalmente; sin embargo, la acción objetiva en sí no reviste ninguna particularidad. De esta suerte, si la misma conducta la realiza la mujer en sentido opuesto, recibe una pena menor al no asociarse a ese perfil machista. Esta disparidad lleva a plantear la eventual vulneración del artículo 14 y de otros preceptos de la Norma Fundamental.

Las primeras voces en ese sentido, como dijimos, se manifestaron durante la tramitación parlamentaria de la LOMPIVG. Entonces, ya el Consejo General del Poder Judicial, señaló que *“la llamada acción positiva..., es más bien una discriminación negativa. Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo varón —esto es, por razones relativas al autor— y no por la mayor gravedad del injusto, lo que nos lleva a criterios penales que habría que entender felizmente desterrados”*³⁵. Varios

35 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, del Consejo General del Poder Judicial.

grupos parlamentarios respaldaron esos reparos en cuanto al posible quebranto del principio de igualdad.

En el seno de la doctrina son representativas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, quien comparaba los principios del Proyecto con los que inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes, y su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, afirmando que la filosofía subyacente era la misma: al autor no se le castiga por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer³⁶. Sin embargo, estos argumentos fueron contestados por diversos autores. Señalaba LAURENZO COPELLO que el problema de este tipo de razonamientos es el no reconocer que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia —sociológicamente definida— asociada a la posición de poder que todavía ocupan los varones en la estructura social, y que, por eso mismo, no puede tener paralelo en el sexo femenino. Desde este punto de vista, el fundamento de las nuevas agravantes no reside en el dato meramente objetivo del sexo del autor, sino en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima³⁷.

En ese clima de desavenencias, diversos órganos judiciales presentaron cuestiones de inconstitucionalidad contra los delitos regulados en los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP, en la redacción dada por la LOMPIVG, normas en las que no se precisa, repetimos, que de la acción del autor se desprenda ese ejercicio de superioridad hacia la mujer. En la resolución de esos recursos el Tribunal Constitucional confirmaría esas normas sin precisar tampoco ese componente machista.

36 GIMBERNAT ORDEIG, E., en *Prólogo a la décima edición del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 17 y ss.

37 LAURENZO COPELLO, P.: “Introducción. Violencia de género, ley penal y discriminación”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *La violencia de género en la ley*, cit., págs. 20 y ss. En igual dirección, ALONSO DE ESCAMILLA, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Colex, 2011, págs. 80 y 84; y AÑÓN ROIG, M./MESTRE I MESTRE, R.: “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J./MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.): *La nueva*

A) Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre este tema en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, que resolvió la cuestión planteada contra el artículo 153.1 CP, en la redacción dada por la LOMPIVG, declarándolo conforme a la Constitución. El órgano judicial entendía que dicho precepto infringe los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) y de la diferencia de trato punitivo en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con igual relación entre ellos³⁸.

En esencia, el Tribunal justifica la mayor penalidad prevista en ese apartado respecto a la del siguiente (en el que se incluiría el propio comportamiento de mujer a hombre), señalando que el

ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Iustel, Madrid, 2005, págs. 35 y ss. Puede verse una visión completa de las distintas posturas de justificación de la LOMPIVG, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.): *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, cit., págs. 407 y ss.

- 38 Indica GARCÍA ARÁN que en el planteamiento de estas cuestiones de inconstitucionalidad predomina la valoración *individual-concreta* del comportamiento sancionado, aunque en ningún caso se niega el fenómeno estructural de la violencia de género en el que se enmarca. Lo que se cuestiona es que ese contexto social-estructural deba incidir en la responsabilidad concreto-individual. GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENQUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pág. 652. Véase, un análisis detallado de su fundamentación jurídica en, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Aplicación de las figuras penales de violencia de género tras la STC 59/2008”, Ponencia presentada dentro del Plan de Formación del CGPJ, en el curso sobre *Nuevos delitos de violencia de género*, Publicado en Cuadernos Digitales de Formación, CENDOJ, 2009.

legislador no presume una mayor gravedad en la conducta, sino que realiza una constatación razonable de tal entidad a partir de las características de la misma y, entre ellas, su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo machista de actuación contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. El autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas, dotando así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa. En consecuencia, señala que no se sanciona al autor por las agresiones cometidas por otros cónyuges hombres, sino por la especial lesividad de su propia conducta, dado que la inscribe de modo consciente en una concreta estructura social machista a la que, además, él mismo contribuye con su violenta acción. Con carácter previo, hace algunas precisiones en torno al contenido de esa norma. Confirma que la autoría ha de ser masculina y destaca la incorporación de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor como víctimas del delito, sin restricción alguna en el sexo del sujeto activo.

En primer lugar, el Tribunal se refiere a la vulneración aleada del artículo 14 CE.

En cuanto a la justificación de la diferencia de trato introducida por el artículo 153.1 en comparación con el artículo 153.2 CP, señala lo siguiente: “...*No constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados.... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa..., que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*” (F.J.7)... “*Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente*

protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley” (F.J.8).

Además, justifica la restricción del sujeto pasivo por el elevado número de casos de violencia contra las mujeres. Y, señala que “...*Las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”... (F.J.9).* La mayor gravedad de la conducta deriva, a juicio del Tribunal, de la actuación consciente por parte del autor conforme a una pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, lo que conlleva un atentado más grave para la libertad, la seguridad y la dignidad de la víctima. La razonabilidad legislativa en la apreciación de dicha lesividad superior no quiebra, porque no se haya considerado en otros delitos más graves (maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio). Mas bien cabría advertir un déficit de protección en esos preceptos.

Respecto a la limitación de la cualificación a las relaciones conyugales o análogas, sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales, apunta que éstas carecen de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las primeras, y que cuando se dan entre convivientes cabe su encuadramiento en el artículo 153.1 CP si se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables. El Tribunal afirma, además, que “*no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino..., el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones*

vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad” (F.J.9).

Sobre la diferencia de penas, indica que no es desproporcionada puesto que se reduce a tres meses de prisión en cuanto al mínimo (en el art. 153.1 CP es de seis meses a un año, frente al art. 153.2 CP de tres meses a un año) y se prevé como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la penalidad será igual si la agresión afecta a una persona especialmente vulnerable.

El Tribunal aborda también la posible violación del principio de culpabilidad.

La primera alegación en este sentido, se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. En segundo lugar se pregunta si no se está atribuyendo al varón una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor. El Tribunal declara que *“el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones..., a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente”*. Insiste en el mayor desvalor de la conducta en relación con la del apartado siguiente.

Ciertamente, en esa argumentación, que en los votos particulares³⁹ se tilda de “respuesta elusiva”, no se despejan las dudas sobre si es necesario el carácter discriminatorio de la conducta, como evidencian las distintas interpretaciones sustentadas en dichos votos. Así, en alguno de ellos se entiende que no es necesario comprobar esa motivación: “Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el artículo 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como

39 La Sentencia se aprobó con 7 votos a favor y cinco en contra.

dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor”⁴⁰.

En cambio, en otros se mantiene la postura contraria: “Como fácilmente se aprecia en sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia..., la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación ésta última de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el artículo 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»”⁴¹.

B) Otras resoluciones posteriores

El Tribunal Constitucional dictó más tarde diversas sentencias en contestación a cuestiones de inconstitucionalidad frente a los tipos agravados de violencia de género. En ellas, reprodujo la fundamentación de la anterior, e igualmente los Magistrados mantuvieron sus votos discrepantes. La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 76/2008, de 3 de julio, avala la constitucionalidad del artículo 153.1 CP. Transcribe los argumentos en punto a la legitimidad del fin de la norma, en aras a “proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos”, así como

40 Voto particular de RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

41 Voto particular de DELGADO BARRIO. En igual dirección, CONDE MARTÍN DE HIJAS.

a “combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”. Igualmente, reafirma la funcionalidad de esa norma para la legítima finalidad perseguida, dada la mayor lesividad de la conducta. Y niega que la diferencia de penas con el apartado siguiente entrañe una desproporción contraria al principio de igualdad. Además, rechaza la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 45/2009, de 19 de febrero, falló en contra de la cuestión planteada contra el artículo 171.4 CP. En este caso, se reconoce una notable diferencia punitiva respecto a la prevista en los artículos 171.5 y 620.2, párrafo tercero. Pese a ello, ese contraste no convierte en inconstitucional aquella norma *ex* artículo 14 de la Constitución, atendiendo a las finalidades de la distinción, consistentes en la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres, así como a la mayor gravedad de las amenazas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 127/2009, de 26 de mayo, mantuvo la constitucionalidad del artículo 172.2 CP. Resulta razonable, dice el Tribunal, la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en ese precepto a partir de “su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres”. Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas⁴².

42 A estas resoluciones remiten también las SSTC, en Pleno, 164/2009 y 167/2009, ambas de 2 de julio, para fundar la constitucionalidad de los artículos 153.1 y 172.2 CP, e igualmente, las SSTC, en Pleno, 151/ 2009, 152/2009 153/2009 y 154/2009, todas ellas de 25 de junio, 165/2009, de 2 de julio, 177/2009, 179/2009 y 180/2009, todas de 21 de julio, sobre el artículo 171.4 CP, y 178/2009, de 21 de julio y 201/2009, 202/2009 y 203/2009, todas de 27 de octubre, y 213/2009, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 153.1 y 171.4 CP.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 41/2010, 22 de julio, desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad frente al artículo 148.4 CP, predicando del mismo los razonamientos de las resoluciones anteriores. Pero admite que hay una diferencia penológica considerable entre los artículos 147 y 148.4 CP. Sin embargo, destaca el carácter facultativo de esta agravación, lo que exige la comprobación por parte del órgano sentenciador, además del hecho de ser la víctima mujer pareja o ex pareja del ofensor, que los hechos expresen un injusto cualificado, de modo que el Juez podría optar, pese a estar ante un supuesto de violencia de género, por no imponer la agravación si no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo y en el resultado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2010, de 28 de julio, desestimó la cuestión planteada contra los artículos 148.4 y 153.1 CP, remitiendo igualmente a los pronunciamientos anteriores. La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 79/2010 de 26 de octubre, sobre el artículo 171.4 CP, apeló a la Sentencia 45/2009, que desestimó la cuestión promovida contra este precepto⁴³. Y la misma dirección siguió la Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 80/2010, de 26 de octubre, basándose en la 59/2008, referidas ambas al artículo 153.1 CP.

En virtud de esta doctrina, la Sala 1ª del Tribunal Constitucional ha negado el amparo a los recurrentes condenados en virtud de algunas de esas normas⁴⁴.

2.3.3. Postura del Tribunal Supremo

A diferencia de las resoluciones citadas del Tribunal Constitucional, vamos a ver que en las dictadas por el Tribunal Supremo, normalmente, sí se requiere la constatación de la

43 Además, las SSTC, en Pleno, 77/2010, de 19 de octubre y 83/2010, de 3 de noviembre.

44 Pueden consultarse, las SSTC 107/2009, de 4 de mayo y 52/2010, de 4 de octubre.

posición de dominio del hombre sobre la mujer para apreciar violencia de género, aunque en algún caso parece apartarse de esta línea.

Así se precisaba en la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2008, de 25 de enero. El recurrente había rociado a su compañera sentimental con alcohol, prendiéndole fuego, por recriminarle que gritase al hijo común; en fecha posterior le ocasionó lesiones, al negarse aquélla a quitarse la ropa que vestía; y, más tarde, volvió a lesionarla tras oponerse a tener relaciones sexuales con él. La Audiencia Provincial le condenó por un delito de lesiones del artículo 150 CP y por dos faltas de lesiones, con la agravante de parentesco, rechazando la aplicación del artículo 153.1 CP, por no apreciar situación de dominio. El Tribunal Supremo, partiendo del artículo 1 LOMPIVG, afirmaba que *“ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género”*. Sin embargo, aplicó aquel precepto por entender que en el supuesto enjuiciado sí se dio esta intención.

Siguiendo ese criterio, en la Sentencia del Tribunal Supremo 654/2009, de 8 de junio, negó la calificación como violencia de género de las lesiones causadas por el acusado a su compañera sentimental, porque no constaba que dicha acción *“se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas «machistas»”*. En consecuencia, mantuvo la condena por una falta del artículo 617 CP. Argumenta el Tribunal que *“en el relato fáctico de la sentencia impugnada no se decía nada sobre las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer que protagonizaron los hechos, tampoco sobre el motivo de la discusión habida entre ambos, ni sobre quién inició las vías de hecho. La mutua agresión descrita en el *factum* no parecía responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró el vigente texto del artículo 153.1 CP. Así pues, faltaba aquel contexto de «conductas machistas»”*.

También la Sentencia del Tribunal Supremo 1177/2009, de 24 de noviembre, mantuvo esa postura. El acusado fue condenado por una falta del artículo 617 CP, constando acreditado que “en el transcurso de la referida discusión, S. agarró a su marido por los pelos, a la par que él le propinaba un cabezazo a ella en la nariz, iniciándose un forcejeo entre ambos durante el cual, el procesado la sujetó por las muñecas mientras ella le arañaba en los brazos. Como consecuencia de estos hechos, S. sufrió lesiones”. El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia pidiendo la aplicación del artículo 153 CP. El Tribunal Supremo señaló 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 artículo 153 CP..., sino sólo y exclusivamente —y ello por imperativo legal establecido en el artículo 1.1 de esa Ley— cuando el hecho sea «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer»... Habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediación y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos”*.

En cambio, en la Sentencia del Tribunal Supremo 807/2010, de 30 de septiembre, parece patrocinar la respuesta contraria, al confirmar la condena por el artículo 153 CP, desestimando el motivo del recurrente relativo a la ausencia de connotaciones machistas en su conducta. En respuesta a dicha objeción declara que *“la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados... Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la*

fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta”.

Lo cierto es que el Tribunal Supremo no ha sentado las bases para una solución uniforme, tal vez porque no ha querido atar a los órganos judiciales en cuanto a la aplicación de unos tipos que legalmente admiten distintas interpretaciones. Pero justamente por eso, porque la ley no es lo bastante taxativa, el citado Tribunal debería salir al paso de su misión unificadora y establecer un criterio unitario que evitase discrepancias en la resolución de causas semejantes; su postura complaciente con los juzgadores tiene como reverso la inseguridad jurídica para los encausados⁴⁵.

2.3.4. Algunas resoluciones de Audiencias

En la llamada jurisprudencia menor, algunos órganos judiciales aplican automáticamente los tipos específicos de violencia de género, cuando se dan los presupuestos expresados en ellos, mientras otros los condicionan a la efectiva constatación de la actitud de dominación del hombre sobre la mujer.

Como muestra de la primera postura, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 15/2010, de 19 de enero, señalando que la conducta del apelante tenía enclave en el artículo 153 CP, dado que golpeó a su ex pareja sentimental, durante una discusión con motivo del régimen de visitas del hijo común. Declara el Tribunal que *“en términos de la Circular 4/05, la Ley Orgánica 1/2004..., entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente el sentimiento de superioridad en la pareja...; en definitiva la citada ley opta por una definición de violencia de género «que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos*

45 Así, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 178.

de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor»”.

La segunda tendencia es seguida, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 56/2009, de 11 de mayo, que absolvió al recurrente del delito del artículo 171.4 CP aplicado, condenándole por una falta de amenazas, dirigidas a su mujer, ya que las *“expresiones amenazantes nada tienen que ver con un hecho típico relacionado con la llamada violencia de género... Se trata de una discusión familiar y motivada por razones de la adicción del acusado al alcohol”*. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 381/2010, de 12 mayo, mantuvo esta postura: *“En resumen, la existencia de datos fácticos pueden revelar una intención machista tendente a la subordinación y denigración de la pareja, revelando estas conductas externas la existencia de un ánimo global de imponer su superioridad porque el hombre consideraba que poseía una autoridad sobre su mujer que le facultaba para oprimirla, siendo tales actos propios de quien desprecia los criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo”*. En consecuencia se estima correcta la aplicación del artículo 153.1 CP, pues la reacción del recurrente, ante la crítica de su esposa por un tema relacionado con la economía familiar, es la de acudir al maltrato de obra en vez de a la dialéctica de la palabra⁴⁶. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 15/2011, de 21 de enero, precisa para aplicar el artículo 171.4 CP *“un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 483/2011, de 22 de septiembre, entiende *“que no todas las agresiones producidas en el marco de la relación de pareja entre hombre y mujer existente o pasada son expresión de la violencia machista. Habrá que justificar que la situación de hecho sea constitutiva de violencia de género. No hay presunción alguna contra reo; y al juzgador se le ha de presentar como indudable que la situación probada*

46 En la misma dirección, la SAP de Castellón, 141/2010, de 8 de abril.

se enmarca como violencia de género". Y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 263/2011, de 11 de octubre, se absuelve al recurrente del delito del artículo 153 CP para condenarle por una falta de lesiones, por cuanto "*cabe dudar acerca de los elementos de dominación y violencia motivada por el género que ha de concurrir en las tipificadas de forma específica en el artículo 153 CP*".

2.3.5. El supuesto de las agresiones mutuas

Vemos que para algunos órganos judiciales la clave de bóveda de la violencia de género se encuentra en el ánimo de dominación del autor sobre la mujer, centrando la prueba en el juicio penal también en este aspecto. Pero esto plantea problemas sustanciales en los supuestos de agresiones recíprocas leves por parte de ambos miembros de la pareja, cuando no se advierte esa actitud machista en el hombre; es lo que se conoce como *discusiones mutuamente aceptadas*. Si se entiende que para que haya violencia de género no hace falta constatar ese elemento adicional, se les aplicará el artículo 153, apartados 1 y 2, respectivamente⁴⁷. Ahora bien, si por el contrario se exige ese trasfondo discriminatorio, procederá castigar al hombre por una falta (con una pena de localización permanente o multa), en contraste con la condena de la mujer por un delito del artículo 153.2 CP (con pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad). Sin duda, sería una respuesta más acorde, no sólo con los principios constitucionales sino también con la finalidad primordial de tutela a la mujer que preside la LOMPIVG, subsumir la conducta del varón en el apartado 2, sometiéndolo a la misma penalidad que a la mujer. Hoy por hoy, la literalidad de este precepto supone un óbice para fallar en este sentido, puesto que está redactado de

47 MAQUEDA ABREU apunta que en esas microviolencias está a menudo ausente el ingrediente de género. MAQUEDA ABREU, "Veinte años de "desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja", en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *La violencia de género en la ley*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 124.

forma excluyente respecto a los sujetos del apartado precedente; habría que modificar dicho apartado para dar cabida a esos hechos.

Sin embargo, para evitar la indicada desproporción penológica, cuando no se aprecia ese cariz dominante, distintos Tribunales optan por reconducir ambas conductas a la falta del artículo 617 CP, aun cuando, repetimos, en el apartado 2 del artículo 153 CP no se requiere ninguna suerte de motivación particular, ni obviamente puede inferirse de la LOMPIVG. Pese a ello, en diversas resoluciones se mantiene que para que dicha norma entre en juego es necesario, de forma paralela al apartado anterior, que la mujer actúe en una posición de dominación respecto al varón (violencia doméstica), pues la agravación penológica prevista en esos preceptos en relación con el artículo 617 CP se funda en esa situación de abuso. Así las cosas, la implementación del repetido requisito típico en el apartado 1 conduce a la inaplicación del apartado 2 a hechos cuyo encaje en él a nuestro modo de ver no deja lugar a dudas.

Representativa de esta postura es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 377/2007, de 18 de septiembre. Los acusados estaban casados y durante una discusión protagonizada en su domicilio, se agredieron mutuamente, sin llegar a ocasionarse lesiones constitutivas de delito. El Juzgado de lo Penal condenó a cada uno de ellos por una falta del artículo 617 CP. El Ministerio Fiscal recurrió el fallo solicitando la condena en virtud del artículo 153.1 y 2 CP, alegando que la ley no exige que se produzca la situación de dominación. La Audiencia Provincial desestima el recurso: “Una interpretación lógica, teleológica, sistemática, histórica y sociológica del artículo 153 CP conduce a una... , aplicación restrictiva de dicho precepto, al integrar su contenido literal en función de los conceptos de «violencia doméstica» (al que se hace referencia expresa en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003...) y de «violencia de género» (esto último tras la reforma introducida por la LO 1/2004...), en cuanto que conceptos definidores de los ámbitos o contextos dentro de los cuales tiene sentido y está justificada la agravación penológica... El concepto

de «violencia doméstica» no está expresamente definido por el legislador... Pero no resulta problemático en exceso inferir bien su significado, y afirmar que *las situaciones de violencia doméstica son las producidas como manifestación de una situación de abuso, dominación o subyugación de un familiar sobre otro... Es necesario, por tanto, que, tratándose de las mujeres a las que como sujetos pasivos del delito al que se refiere el artículo 153.1 CP, la conducta descrita en el tipo penal sea una manifestación «de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», que caracteriza o es propia de la violencia de género... Y en correlación..., que, tratándose de la conducta descrita en el artículo 153.2 CP, la misma responda a una situación de violencia doméstica... Desde este entendimiento, consideramos que no procede aplicar el artículo 153 CP en los casos de riña mutuamente aceptada, en que son los dos miembros de la pareja (o de la relación familiar) quienes despliegan la violencia con ocasión de disensiones y peleas entre iguales, y desconectadas por completo de esas situaciones de abuso, sometimiento o sojuzgamiento por razón del género, o más en general del más débil por el más fuerte propias de las violencias doméstica y de género”.*

Esa respuesta se mantuvo también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 290/2008, de 16 de julio, puesto que “en el domicilio común..., se inició una discusión en cuyo transcurso la Sra. S. le propinó un puñetazo en el cuello y arañó en el pecho a D., y éste la agarró por el cuello y la empujó contra el sofá”. Se aplicaron sendas faltas del artículo 617 CP⁴⁸. Igual solución se adoptó en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 114/2010, de 16 de abril, expresando que “no se trató de una agresión producida exclusivamente por el acusado sino que Dña. A. M. manifiesta que ella también insultó y que también empujó y forcejeó e incluso llega a decirnos de forma sincera y convincente que ella no tuvo miedo, que no creyó las amenazas

48 También, la SAP de Castellón, 539/2008, de 10 de diciembre y la SAP de A Coruña, 220/2009, de 15 de junio.

y que cree que tanto ella como el acusado estaban en igualdad de condiciones⁴⁹. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 559/2010, de 26 de noviembre, se aborda expresamente este problema. El primer apartado (del art. 153 CP) no rige cuando el acto violento no se inserta en un marco relacional de dominación machista. Sin embargo, la argumentación aportada en ese sentido no justifica la no aplicación del apartado 2 cuando el hombre es víctima de un acto violento de la mujer. Pero este tratamiento diferenciado y perjudicial para la mujer se opondría abiertamente a la protección reforzada de la mujer que..., constituye el objeto y finalidad de la LO 1/2004, según declaración expresa de su artículo 1... De manera que para preservar el tratamiento diferenciado únicamente cuando refuerza el tratamiento de la mujer por razones que constitucionalmente la justifican, es necesario que en las agresiones mutuas entre el hombre y la mujer, causantes de simples lesiones leves o de simples malos tratos, cuando no se hayan producido dentro de un marco de dominación machista, no sólo no se haga aplicación del artículo 153.1 CP respecto al hombre, sino tampoco del artículo 153.2 CP respecto a la mujer y se sancione a los dos por los tipos generales del artículo 617 CP⁵⁰.

2.3.6. Posición personal

Como hemos visto, en ninguna de las resoluciones del Tribunal Constitucional se alude siquiera al carácter discriminatorio de las conductas recogidas en los tipos cuestionados; sólo al entorno social y cultural machista en el que se alojan y a la equivalencia de esas acciones con otras abusivas comunes en nuestra sociedad. Entendemos, pues, que el Tribunal Constitucional estima ajustados a la Norma Fundamental esos delitos en su redacción vigente, sin considerar el cariz discriminatorio como elemento esencial de la violencia de género ínsito en ellos. Así se

49 Asimismo, la SAP de Barcelona, 58/2010, de 26 de abril y la SAP de Castellón, 292/2010, de 15 de julio.

50 Igualmente, las SSAP de Barcelona, 274/2011, de 3 de mayo y 263/2011, de 21 de julio.

deduce, a nuestro modo de ver, del fundamento aportado respecto al aumento penológico operado en esos delitos; la mayor gravedad se predica del actuar individual, pero derivada de su ejecución en un contexto social machista, *“porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas..., en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción”*.

Así lo corrobora, además, la terminología empleada por el Tribunal, estableciendo que esas acciones “son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa..., que *el trasunto* de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja”, *“se corresponden* a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación...”, son *“reproducción* de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón...”. Esas actuaciones son copia, imitación, de las conductas machistas, pero no son necesariamente machistas.

Justamente tal vaguedad en las declaraciones es, a nuestro juicio, una seña más de ese entendimiento que omite el perfil machista como requisito imprescindible en la acción individual. El Tribunal acude al paralelismo, a la similitud de esas conductas con las realmente discriminatorias y a los efectos perniciosos que pueden tener por coadyuvar a la pervivencia de la idiosincrasia machista de la sociedad. Pero, si a su entender fuera indispensable dicho elemento, que no se recoge en su sede propia de los tipos penales y si la vulneración de los derechos fundamentales en caso de no exigirse fuese tan palmaria como creen los órganos firmantes de las cuestiones, sin duda lo habría dicho expresamente. Podemos intuir que la explicación de esa falta de contundencia en los pronunciamientos se debe justamente a ese parecer negativo. Desde luego, es más difícil justificar el incremento de la pena si el único factor distintivo que contempla la norma es la conocida especialidad de los sujetos, por cuanto por estos derroteros está servido el discurso sobre una posible violación de principios cons-

titudinales. La argumentación para rebatir estos reparos ha de discurrir por terrenos menos firmes que la exigencia de la actitud machista, en este caso recurriendo a la necesidad de afrontar un problema social endémico de machismo que hunde sus raíces en motivos históricos. En definitiva, si hubiera vinculado su fallo a la interpretación en un concreto sentido de los artículos sometidos a su consideración, exigiendo ese componente discriminatorio adicional, habría expuesto esta lectura, cosa que no ha hecho en ninguna de las resoluciones. Por lo tanto, consideramos que no se trata de sentencias interpretativas que supediten la constitucionalidad de esos preceptos al seguimiento de una interpretación concreta⁵¹.

En suma, el Tribunal Constitucional justifica la penalidad superior de los tipos específicos de violencia de género, por el mayor desvalor que encierran, ya que siendo dichos comportamientos semejantes —objetivamente— a los realmente discriminantes, el autor los inscribe a sabiendas en el entorno social machista, favoreciendo la continuidad de esta lacra social. No cifra la razón de ser de esa elevación del castigo en el efectivo carácter abusivo de la acción concreta y, por ende, no menciona ninguna acreditación a este respecto. En última instancia, viene a decir que la LOMPIVG pretende combatir la violencia que es manifestación de la dominación del hombre sobre la mujer y para ello da un tratamiento más enérgico a todos los actos violentos realizados por aquél dentro de la pareja, en tanto influyen en el mantenimiento del machismo asentado en la sociedad.

Desde este prisma, dicha ley se concibe como expresión del denominado “Derecho antidiscriminatorio”, surgido para hacer frente a situaciones de injusta desigualdad en la que viven algunos

51 Así lo entiende, GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pág. 658.

ciudadanos por su pertenencia a un grupo subordinado socialmente. Mas, son conocidas las críticas efectuadas en la doctrina frente al uso de estas acciones de “discriminación positiva” en Derecho penal, sustentado en la responsabilidad y culpabilidad individual por un hecho aislado y concreto, y nunca en la responsabilidad colectiva por la pertenencia a un grupo⁵².

En conclusión, creemos que según el Tribunal Constitucional no es necesario constatar el proceder del autor tendente a subyugar a la mujer. En realidad, se limita a confirmar los delitos de violencia de género en la redacción dada por la nueva ley, avalando una amplia gama de medidas que se consideran útiles para paliar el problema social de la violencia machista en la relación de pareja, por cuanto la envergadura de este fenómeno justifica a su entender tales disposiciones.

Por otra parte, en lo que hace al artículo 153 CP, esa lectura es la única que da coherencia sistemática a los apartados 1 y 2. En ambos se castiga idéntica conducta, variando los sujetos, que en este caso han de pertenecer al círculo de personas indicadas en el artículo 173.2 CP⁵³. Así pues, dado que en el apartado 2 no se requiere ninguna clase de abuso, de considerarlo implícito en el apartado 1, habríamos de calificar como falta la acción reali-

52 Véase, no obstante, LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

53 ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. (Parte general y especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 434. Sobre la correlación entre los tipos de violencia de género, CASTELLÓ NICÁS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., págs. 213 y 214; e, ÍNIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 27 y 40.

zada por el hombre sobre la mujer, si no quedara acreditada la efectiva discriminación, mientras que la misma actuación de la mujer sobre el marido o compañero sentimental, se sancionaría como delito del artículo 153.2 CP. Imaginemos, por ejemplo, una situación de agresiones mutuas, en la que no se aprecie una actitud de dominio en el hombre. Siguiendo esa posición, éste podría ser penado por una simple falta (art. 617 CP) y la mujer por el delito del artículo 153.2 CP. (No es posible aplicar éste a ambos, puesto que se exceptúan expresamente las personas contempladas en el apartado anterior). No obstante, hemos visto que para salvar esta incongruencia los Tribunales partidarios de entender que el ingrediente de dominación forma parte del artículo 153.1 CP, mantienen de modo paralelo que también en el apartado 2 hace falta que el autor, o autora, proceda de modo abusivo. Pero, tampoco podemos compartir esta interpretación, pues, por una parte, reduce en exceso la virtualidad del artículo 153.2 CP, habida cuenta que cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable resultará de aplicación el apartado anterior y, por otra, porque este requisito complementario carece en absoluto de anclaje legal, a diferencia de la intencionalidad machista que cabe inferir del artículo 1 LOMPIVG. Amén de la involución que supondría castigar como falta esos hechos, apartándose del rumbo emprendido por el legislador de 2003, que hasta la entrada en vigor de la LOMPIVG tipificó como delito en el artículo 153 CP los actos de violencia física o psíquica leves contra cualquiera de los ofendidos del artículo 173.2 CP. Aunque, evidentemente, la regulación anterior no condiciona el significado del articulado actual, sí nos parece indicativo del espíritu de estas normas, en la medida en que coincide el legislador que impulsó las dos reformas, realizadas en años sucesivos.

Precisamente, en aquellos supuestos en que el Juez no aprecie ese ejercicio de superioridad del varón sobre la mujer y considere que aplicarle la penalidad agravada sería excesivo, por ejemplo, en los casos apuntados de agresiones recíprocas, cuenta con la posibilidad, recogida en el artículo 153.4 CP, de imponerle la pena inferior en grado, pudiendo fijar entonces una condena

equivalente a la del artículo 153.2 CP. Esta solución, desde luego, no escapa a toda censura, puesto que el marco penal resultante de esa figura atenuada es inferior al previsto en este último precepto. Pero al menos permite al juzgador modular la sanción para fijar la que considere más equitativa en el caso enjuiciado. Lo mismo cabe decir para las amenazas mutuas, con aplicación del art. 171.5 y 6 CP, aunque sólo cuando la mujer use armas o instrumentos peligrosos. También en el último párrafo del artículo 172.2 CP se prevé esa posible rebaja respecto a las coacciones, pero en este caso no se recoge un tipo específico para las realizadas contra los otros miembros del núcleo familiar, acciones que siguen castigándose como falta, de suerte que la disparidad penológica persistirá aun en la hipótesis de decidir el juzgador imponer una pena menor, al mantenerse la separación entre delito (para las coacciones de hombre a mujer) y falta (para las producidas entre los demás miembros del ámbito doméstico, incluidas las de la mujer a su marido o compañero sentimental) .

Así pues, en la medida en que la discriminación no es un elemento típico en los delitos de violencia de género y estas figuras han sido confirmadas por el Tribunal Constitucional en su redacción vigente, entendemos que son directamente aplicables sin precisar de un abuso añadido.

Ahora bien, esto no significa que aplaudamos esos delitos de nuevo cuño implantados por la LOMPIVG. En nuestra opinión, debería introducirse de modo explícito ese elemento de dominación como presupuesto de los delitos de violencia de género. De esta forma, se afrontaría directamente la violencia que constituye el objeto de dicha ley, a la luz de su artículo 1. Desde luego, la necesidad de utilizar la sanción penal para tratar de erradicar la violencia de género, nos parece incuestionable; las cifras de estos delitos y la entidad de sus efectos son sobradamente elocuentes. Ahora bien, no creemos que para combatirla deba extenderse el castigo también a otras conductas que no tienen esta connotación; la amenaza leve, la coacción leve..., a la mujer, cuando el hombre no actúa de modo discriminatorio, al igual que las realizadas en

sentido inverso sobre el esposo o compañero sentimental, quedan fuera del objeto de la LOMPIVG.

En este sentido no es un argumento válido para cimentar los nuevos tipos agravados, el intento de contrarrestar la tendencia que se achaca a la jurisprudencia de banalizar las amenazas y coacciones en el ámbito de la pareja⁵⁴; es meridiano que penar como delito acciones que legalmente se califican como leves, sería a todas luces contrario a los principios nucleares de nuestro Derecho penal, si esa conversión no viene respaldada por un fundamento jurídico sólido, que determine la necesidad de una mayor tutela y, correlativamente, de una pena superior, haciendo mérito al principio de proporcionalidad. Además, no se pueden obviar al evaluar la actividad judicial, caracterizada en este segmento de criminalidad por un elevado número de absoluciones, las singulares dificultades probatorias nacidas tanto del escenario de privacidad en el que se producen como del complejo marco en el que con frecuencia se desenvuelven (situaciones de separación matrimonial, pendencia de pleitos concernientes al divorcio, custodia de hijos, pensiones económicas, etc., etc.). Por eso, queremos creer que, por fortuna, en esos procesos viene ganando la partida la presunción constitucional de inocencia.

Por otra parte, nos parece cuestionable, por mucho que así lo entienda el Tribunal Constitucional, que el injusto de una conducta aumente en atención a factores externos, cuales su

54 Sobre el tema, CALVO GARCÍA, M.: “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2 (Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género), cit., págs. 17 y ss; CUELLO CONTRERAS, J./CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica de protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., pág. 261; y GARCÍA ALBERO, R.: “Las perspectivas de género en Derecho penal. Algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 2004 (www.poderjudicial.es).

similitud con las acciones discriminatorias, o su ejecución dentro de un orden social donde el machismo está extendido. Nos cuesta ver que el contexto dote de mayor gravedad a la conducta del hombre que no actúa con esa actitud de dominio. Hasta el punto, además, de castigar siempre como delito las coacciones leves del varón a su esposa o pareja femenina actual o pretérita, anudándole una pena de prisión, bien es cierto que alternativa a otra no privativa de libertad, cuando además esa misma acción dirigida a las personas del artículo 173.2 CP (así, de la mujer al esposo o compañero sentimental) merece siempre la consideración de falta. En definitiva, una conducta leve se tipifica como delito por razones contextuales, y de esta forma no creemos que sea acorde a los principios penales, desde el momento en que la sanción no se ciñe sólo al hecho concreto. Algo similar acontece con la regulación de las amenazas, que siendo leves se reputan delito cuando las dirige el hombre a la mujer con el citado vínculo afectivo. En este caso si se realizan contra otro miembro del ámbito doméstico (mujer a esposo o compañero sentimental) merecen esa misma consideración, pero sólo cuando se efectúan con armas u otro instrumento peligroso, e incluso en este supuesto se anuda una pena inferior. Y en menor medida, ese reproche relativo a la conversión de conductas leves en delito, también es predicable del artículo 153 CP, aunque aquí se tipifica la propia acción (con diferente pena) cuando el ofendido no es la mujer sino otra persona del artículo 173.2 CP. Esta desproporción se evidencia particularmente cuando se da un enfrentamiento recíproco en la pareja actuando ambos, hombre y mujer, en pie de igualdad.

A todo ello hay que añadir que, al no exigirse el efectivo abuso se da la paradoja de que una acción realmente machista se puede castigar igual que otra que no lo sea, a menos que el juzgador decida aplicar los indicados tipos atenuados.

Entendemos, pues, que en esas normas se quebranta el principio de proporcionalidad⁵⁵, ya que el aumento del castigo

55 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ

no se corresponde con la entidad del injusto, amén del principio del hecho, en tanto esa agravación no obedece a un incremento paralelo de la lesividad de la conducta individual sino que incide un factor ajeno, así como el de culpabilidad, al no graduarse la pena en atención estrictamente a la responsabilidad del autor; y, en definitiva, si la especial severidad de la sanción aplicable al

COLOMER, J.L. (Coord.): *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, cit., págs. 407 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 158; y, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 195. En tono crítico, también, ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pág. 86; ALASTUEY DOBÓN, M.C.: “Desarrollo parlamentario de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A. (Coord.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, cit., págs. 57 y ss; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en CPC, cit., pág. 31; CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J./MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.): *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, cit., págs. 266 y ss; CARPIO BRIZ, D., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, cit., pág. 404; ALONSO DE ESCAMILLA, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 85; GIMBERNAT ORDEIG, E., en *Prólogo a la décima edición del Código penal*, cit., págs. 17 y ss; LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, cit., págs. 836 y ss; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): *Derecho penal español. Parte especial (I)*, cit., pág. 508; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J./REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S./CUBILLO LÓPEZ, I.J./JAÉN VALLEJO, M./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J./REQUEJO NAVEROS, M.T.: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, cit., pág. 118; RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley

hombre carece de una adecuada justificación constitucional podría ceder también el principio de igualdad⁵⁶.

Ahora bien, la nueva formulación que proponemos, consistente en recoger de modo expreso el elemento discriminatorio, también presenta algunos escollos, por cuanto el catálogo de delitos de violencia de género no se agota con los regulados en el Título IV de la LOMPIVG, sino que abarca todos aquellos que se acomodan a la definición del artículo 1, aunque se sancionen por los tipos comunes. Y en estos casos no puede incorporarse esa previsión relativa a la actuación discriminatoria del autor como condición para aplicarlos. Por eso, quizá la mejor solución sería introducir en el Código penal una definición de los delitos de violencia de género, o, incluso, valorar la creación de una agravante genérica en el sentido propuesto por un sector de opinión. El problema aquí estaría en elevar todavía más la pena de delitos como el asesinato, el homicidio, etc.

Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en BOIX REIG, J./MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.): *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, cit., págs. 103 y ss; SANZ MORÁN, A.J.: “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 11, 2004, págs. 29 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. II. Parte especial*, 5ª edición, Civitas, Navarra, 2008, págs. 117 y 135; y TAMARIT SUMALLA, J.M./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 126.

- 56 Así lo entiende, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., pág. 498. De otra opinión, MORILLAS CUEVA, L.: “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., págs. 645 y ss.

III. Conclusiones

Empezábamos estas páginas aludiendo a las dificultades que entraña definir la violencia de género, pese a la ventaja que en buena lógica debiera suponer la existencia de una ley específica que concreta los rasgos que la vertebran. Pero el propio carácter sistémico de la ley, donde se dan cita medidas de naturaleza dispar, dificulta su interpretación sistemática; en particular, la previsión en su artículo 1 de una definición genérica de la violencia de género que se persigue con esas disposiciones, genera razonables vacilaciones respecto al juego de este concepto en el Título IV «Tutela penal», regido por el principio de tipicidad que comporta la sujeción a los requisitos del tipo para delimitar el injusto. Y, entre los delitos regulados en este Título y esa declaración genérica inicial se abre ya una importante brecha, al no precisarse en ellos que la acción del autor sea manifestación de su actitud discriminatoria sobre la mujer, pese a que según el artículo 1 LOMPIVG es consustancial a la violencia de género objeto de esta norma.

Esa dicotomía entre los delitos concretos de violencia de género regulados en el Título IV y la declaración conceptual del artículo 1, ha permitido albergar en esos tipos dos interpretaciones distintas, que se han visto reflejadas en resoluciones judiciales de signo opuesto. Ahora bien, cualquiera de estas posturas presenta inconvenientes significativos. Quienes se acogen estrictamente a los requisitos típicos prescindiendo del carácter abusivo de la conducta, se ven en la tesitura de aplicar un tipo cualificado por ser autor un hombre que maltrata o infiere lesiones leves a la mujer, siendo que el suceso inverso se vería sancionado con una pena menor. Incluso, esta disparidad se mantendrá en las discusiones de pareja cuando actuando ambos en plano de igualdad, se ocasionen lesiones leves o malos tratos recíprocos. Al varón se le castigará por el delito del apartado 1 del artículo 153 y a la mujer por el del apartado 2, entre los que media una diferencia de tres meses de prisión en cuanto al mínimo. Pero este desajuste es todavía mayor en otros supuestos. Imagínese que, situándose en esa misma posición paritaria, hombre y mujer se intercambian amenazas leves,

o aun siendo ciertamente más atípico, se coaccionan levemente: en el primer caso, se calificarán, respectivamente, como delito del artículo 171.4 CP y como falta del artículo 620 CP (salvo que la mujer use armas u otros instrumentos peligrosos —art. 171.5 CP—), y en el segundo, como delito del artículo 172.2 CP y como falta del artículo 620 CP; en términos punitivos: pena de prisión o trabajos (para el hombre) frente a localización permanente o trabajos (a la mujer), en ambos supuestos. Amén de las agravaciones específicas de los artículos 153.3, 171.5 párrafo segundo y 172.2 párrafo tercero, y de las penas accesorias que en caso de delito prevé el artículo 57 CP. El artículo 148.4 CP deja un mayor margen de maniobra al juzgador al ser de aplicación facultativa. Con todo, como veíamos, existen ciertos tipos atenuados que permiten paliar algunos de esos efectos.

El problema reside en hallar justificación desde los postulados penales a esa elevación de conductas menores a la categoría de delito o a esa agravación punitiva, a partir de los elementos definidores de esos tipos agravados, los sujetos y el vínculo afectivo; con ese cometido han corrido ríos de tinta en la doctrina. En cuanto nos apartemos del actuar individual del autor, poniendo la mirada en el entorno social, como a nuestro entender ha hecho el Tribunal Constitucional, incluso situando la meta de esa intensificación punitiva en la eliminación del arraigado machismo de nuestra sociedad, la implantación de la igualdad real de la mujer..., por muy loables que estos objetivos sean, se verán truncados principios elementales del Derecho penal, si ese endurecimiento no se corresponde con una mayor lesividad de la conducta individual o una reprochabilidad superior. Y ciñéndonos a la redacción de los tipos esta situación no se da. La condición de varón en sí, unida a la unión sentimental con la víctima no añade nada en términos de antijuridicidad o culpabilidad. El único aspecto que podría imprimir a esas conductas una mayor entidad sería el componente machista, que hoy no figura en los tipos de violencia de género. Por otra parte, es difícil afirmar que ese requisito está contenido en el tipo, ni siquiera como elemento subjetivo, debiendo verificarse en cada caso, siendo que no hay

ninguna referencia a esa intención, ni puede decirse que la acción carezca de relevancia sin ella. Mas sin ese elemento, decíamos, se produce una violación de los principios de proporcionalidad, culpabilidad y responsabilidad por el hecho.

Son muchas las voces que han mantenido una posible vulneración de principios constitucionales. Para despejar esas dudas, diversos órganos judiciales plantearon cuestiones de inconstitucionalidad contra los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. El Tribunal Constitucional ha salido al paso de esos reproches, razonando la decisión del legislador de arbitrar dichos delitos. En su fundamentación jurídica, hace verdaderas filigranas para procurar dar soporte constitucional a esas figuras agravadas sin declarar ese componente de abuso latente en los pertinentes tipos.

Sin embargo, esos pronunciamientos no han servido para lograr la paridad que sería deseable en la resolución de supuestos análogos, dejando en pie las dos tendencias judiciales contrapuestas en punto al polémico factor de dominación. Lo mismo sucede en el seno de la doctrina, aunque muchos autores han cogido el guante de algunas declaraciones genéricas sobre el objeto de la LOMPIVG, sustentando la necesidad de que haya abuso de poder por parte del autor, bajo el convencimiento del carácter inconstitucional que albergaría otra lectura. Por su parte, la Fiscalía considera que no es necesaria la constatación cierta de ese aspecto, siguiendo *pari passu* el tenor literal de los nuevos delitos, declarados constitucionales.

Decíamos, sin embargo, que a nuestro modo de ver la ambigüedad de esas declaraciones denota que para dicho Tribunal no es imprescindible la constancia efectiva de la actitud machista del autor. Sí que alude a la idea de violencia de género expresada en el artículo 1 LOMPIVG, como manifestación de la discriminación..., pero indicando que las conductas del hombre tipificadas en los delitos del Título IV se *corresponden* a esa arraigada clase de violencia; es decir, no constriñe estas figuras a las actuaciones que efectivamente sean expresión de esa discriminación, sino que destaca tan solo ese paralelismo o similitud, entre aquellas

que pretende erradicar, las verdaderamente machistas, y las de estos tipos de violencia de género, con las que externamente guardan afinidad. Y entre exigir ese abuso de superioridad real y limitarse como hace a poner de relieve esa semejanza va un trecho; a nuestro entender implica que para el Tribunal no es necesaria la comprobación en cada acción concreta del abuso de superioridad del autor.

En este orden de ideas, decíamos que nos cuesta admitir que dos conductas idénticas individualizadas por sus sujetos respectivos, revistan distinta gravedad en función del contexto, de forma que cuando la ejecuta el hombre esa lesividad es mayor por insertarse conscientemente en la estructura de nuestra sociedad machista y por coadyuvar a su pervivencia; contribución que como se deduce de las sentencias del Tribunal Constitucional, se debe a la semejanza de esas acciones con las discriminatorias. La base del incremento penológico no lo constituye en realidad el injusto de la conducta aisladamente considerada, sino su maridaje con otras abusivas y sus virtuales efectos en el entorno social desigualitario. Pero no vemos por qué una actuación *no machista* favorece la pervivencia de ese clima sociocultural discriminatorio, por muy parecidas que sean las acciones físicas al realizarlas un hombre. El Tribunal recurre a un fundamento que tilda de individual pero que en verdad viene condicionado por un estigma de la sociedad, una organización social machista construida por otros hombres. Pero, de ser así, como decíamos, quiebran principios elementales, proporcionalidad, responsabilidad por el hecho, culpabilidad... Desde luego, la justificación de los nuevos tipos cualificados habría sido más sencilla si el Tribunal Constitucional estimara imprescindible la actitud de dominación como elemento implícito en esos delitos. Esa forma de argumentar es un dato más para pensar que desde su punto de vista la adecuación de esas disposiciones a la Norma fundamental no se supedita a la presencia de un constatado abuso de superioridad en el caso particular.

Mas, si nos vamos al otro polo que precisa irremediablemente la constancia del obrar preponderante del autor, nos

encontramos con problemas aplicativos nada desdeñables. Situémonos, decíamos, en el marco de una disputa de la pareja en la que hombre y mujer se lesionan levemente, sin apreciar actitud machista en el primero. El cabal entendimiento del artículo 153 CP nos llevaría a castigar a la mujer por el apartado 2, dado que aquí no se precisa ningún signo de abuso ni puede tampoco inferirse de norma alguna, a diferencia del elemento machista del apartado 1 que podría encontrar asidero legal en el artículo 1 LOMPIVG. En cambio, al hombre habría que aplicarle la penalidad de la falta del artículo 617 CP: prisión o trabajos para la mujer, localización permanente o multa para el varón. Los Tribunales que postulan la exigencia del elemento discriminatorio, resuelven estas situaciones sancionando a ambas partes por la citada falta; para soslayar el castigo de la mujer por el artículo 153.2 CP, elaboran el concepto de “violencia doméstica”, sosteniendo que para aplicar ese precepto es necesario que la actuación del autor sea *manifestación de una situación de abuso, dominación o subyugación de un familiar* (en este caso la mujer) *sobre otro familiar* (su esposo o compañero sentimental). Una argucia que en nuestra opinión supone apartarse tanto de la letra como del espíritu de la ley, que el propio legislador hizo patente cuando en la reforma de 2003 resolvió sancionar en el artículo 153 CP como delito toda agresión leve entre los miembros del núcleo familiar.

Teniendo presentes todas estas consideraciones, nos inclinábamos por entender que los tipos agravados de violencia de género no llevan implícito el elemento de dominación, lo que se traduce en la praxis en la aplicación de esos delitos sin necesidad de constatar en el juicio penal que el autor obró con esa intención de subyugar a la mujer. En el caso particular de las agresiones mutuas donde no se aprecie esa intencionalidad en el varón, se debería acudir al tipo atenuado del artículo 153.4 CP, aunque habrá de ser el juzgador el que establezca una respuesta razonable imponiendo al hombre una pena equivalente a la que corresponde a la mujer según el artículo 153.2 CP, puesto que siguiendo con los desatinos de la LOMPIVG, en virtud de ese tipo atenuado se podría aplicar al varón una pena inferior a la de

la mujer. Pero, llegados a este punto, vemos inviable construir una interpretación congruente de la ley que se acomode a los principios fundamentales de nuestro Derecho penal. De todos modos, pese a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, esa configuración nos parece contraria a las garantías que antes enunciábamos.

Así las cosas, consideramos imprescindible una reforma de los delitos de violencia de género que incorpore expresamente la necesidad de que el autor actúe de modo discriminatorio. Apuntábamos, sin embargo, que esto encierra ciertas dificultades en aquellas conductas que no se sancionan en las figuras agravadas sino conforme a los tipos comunes. Una forma de agregar esa nueva exigencia sería prever en el Código penal una definición de delito de violencia de género. Incluso, convendría ponderar la introducción de una agravante genérica para los casos de actuación por parte del autor con constatado machismo, aunque esta vía presenta inconvenientes en los delitos ya castigados con penas severas.