

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063720

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 677/2018, de 20 de diciembre de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1388/2018

SUMARIO:**Lesiones. Violencia de género. Violencia familiar.**

Interpretación del supuesto de agresión recíproca entre hombre y mujer en relación de pareja o ex pareja. Pareja que en un momento determinado inician una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente de manera que la encausada le propinó a él un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por ella, sin que conste la producción de lesiones y sin que ninguno de los dos denunciara al otro. El pleno del Tribunal Supremo considera que: Cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o ex pareja es hecho constitutivo de violencia de género. Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad es decir, en modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer.

La Audiencia había considerado que en la agresión recíproca hombre y mujer es solo delito leve, pero el TS señala que no existe base ni argumento legal para degradar a un delito leve una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja, ya que no es preciso acreditar una específica intención machista debido a que cuando el hombre agrede a la mujer ya es por sí mismo un acto de violencia de género con connotaciones de poder y machismo.

Se considera que cuando el legislador aprobó los tipos que sancionan la violencia de género en modo alguno quiso adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer para que el hecho fuera considerado como violencia de género. Si hay agresión del hombre sobre la mujer ello es violencia de género, y si hay agresión mutua no es preciso probar un comportamiento de dominación del hombre sobre la mujer. Probada la agresión el hecho es constitutivo de violencia de género y si hay agresión mutua, como en este caso, ambos deben ser condenados por violencia de género al hombre y familiar a la mujer. Por ello, el Tribunal Supremo revoca la absolución de ambos que acordó la Audiencia y condena al hombre a la pena de 6 meses de prisión con orden de alejamiento y sus accesorias y a la mujer a una pena de 3 meses con iguales accesorias y alejamiento. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 48, 57, 147.3, 153, 171, 172 y 173.
Constitución Española, art. 14 y 123.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don VICENTE MAGRO SERVET
Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don LUCIANO VARELA CASTRO



Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE
Doña SUSANA POLO GARCIA
Doña CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 677/2018

Fecha de sentencia: 20/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1388/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1388/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 677/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Diaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, confirmando íntegramente la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte recurrida los acusados Dña. Palmira, representada por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles y Pablo Jesús representado por la Procuradora Sra. Martínez Parra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza en el Juicio Rápido nº 394/17, dimanante de diligencias urgentes 516/17 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza, en causa contra los acusados Pablo Jesús y Palmira dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2017 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO. Queda acreditado que los encausados, Pablo Jesús y Palmira, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban en la C/ DIRECCION001 junto a la discoteca " DIRECCION000", en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro".

Segundo.

El citado Juzgado dictó el siguiente FALLO:

"Que debo absolver a Pablo Jesús y Palmira de los delitos de maltrato, previstos y penados en el artículo 153 pº 1 y en el artículo 153.2 del C.P. por los que se les acusaba. Con declaración de las costas de oficio. Notifíquese esta resolución a las partes, a la perjudicada y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial de Zaragoza dentro de los cinco días siguientes al de su notificación. Conforme a lo previsto en el art. 789.5 y 160 in fine de la L.E.Cr., remítase de forma inmediata testimonio de la presente sentencia con expresión de su firmeza o no al Juzgado de Violencia sobre la Mujer Instructor de la causa".



Contra indicada sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, dictando la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, sentencia con fecha 9 de marzo de 2018, que contiene el siguiente FALLO:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto, por el Ministerio Fiscal, confirmamos íntegramente la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, en las Diligencias de J. R. nº 394/17, declarando de oficio las costas de esta instancia. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno a excepción de lo establecido en el art. 847.1 b de la L.E.Cr., cuando proceda. Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo".

Consta Voto Particular a la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

ÚNICO. Infracción de ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de los artículos 153.1º y 153.2º del Código Penal.

Quinto.

Instruidas las representaciones de las partes recurridas, impugnaron el recurso del Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

De conformidad con el art. 197 L.O.P.J. se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso el día 28 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 9 de Marzo de 2018 por la que se desestima el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza de fecha 19 de Diciembre de 2017 por la que se absuelve a Pablo Jesús y Palmira de los delitos de maltrato, previstos y penados en el artículo 153 pº 1 y en el artículo 153.2 del CP por los que se les acusaba. Con declaración de las costas de oficio.

Contra la sentencia se interpone recurso de casación por la fiscalía, siendo los hechos probados los siguientes: "Queda acreditado que los encausados, Pablo Jesús y Palmira, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban en la C/ DIRECCION001 junto a la discoteca " DIRECCION000", en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro".

Segundo.

"Infracción de ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de los artículos 153.1º y 153.2º del Código Penal".



Los elementos sobre los que se asienta el recurso del Ministerio Fiscal se estructuran sobre las siguientes bases:

1. La sentencia es absolutoria por entender que se debe descartar con carácter general la aplicación del artículo 153 del Código Penal cuando se trata de agresiones mutuas en las que no queda afectado el bien jurídico protegido de preservación del ámbito familiar, sin que puedan incardinarse los hechos en el delito de maltrato de obra del artículo 147.3º del texto punitivo en ausencia de denuncia previa de los perjudicados.

2. La Audiencia Provincial confirma la absolución partiendo del relato de hechos probados de donde deduce que no resulta de aplicación el artículo 153 del Código Penal cuando se trata de supuestos de agresión mutua en el que no se corresponde con el uso de la fuerza por el más fuerte contra el más débil, sino de una situación de enfrentamiento recíproco como resultado de la oposición de las dos personalidades enfrentadas.

3. El Fiscal disiente del criterio sustentado por la Audiencia Provincial y considera que los hechos declarados probados constituyen el delito de lesiones del artículo 153.1º del Código Penal del que es responsable en concepto de autor Pablo Jesús y el delito del artículo 153.2º del Código Penal del que es responsable en concepto de autora Palmira.

4. La L.O. 11/2003 de medidas de protección contra la violencia doméstica consideraba en su Exposición de Motivos que los delitos relacionados con la violencia doméstica debían ser objeto de una preferente actuación, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos y se da nueva redacción al artículo 153 del Código Penal castigando como delito el maltrato de obra en el ámbito familiar.

5. Planteada cuestión de inconstitucionalidad por la proporcionalidad de la pena del art. 153 CP el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Auto nº 233/2004, de 7 de junio, inadmitió a trámite la cuestión por considerarla notoriamente infundada y concretando que:

a. Con la reforma operada en el art. 153 CP con la LO 11/2003 se hacía necesaria esta introducción sobre el origen y finalidad de la reforma para poner de relieve que el legislador del 2003 trató de objetivar el tipo penal convirtiendo el maltrato de obra constitutivo de la antigua falta del artículo 617 en delito cuando la víctima mantenía con el ofensor lazos afectivos y familiares, propósito que, como veremos seguidamente, no quedó desvirtuado por la reforma operada en la norma sustantiva por la L.O. 1/2004.

b. La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género definía en su artículo 1.1 el objeto de la Ley de la siguiente manera: "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, aún sin convivencia", razón por la cual se establecían medidas de protección integral cuya finalidad era prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las víctimas de esta violencia.

6. En el apartado tercero del artículo 1.1 de la LO 1/2004 se afirma que 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", definición que al incluir el pronombre indefinido "todo" en los actos que refiere, entre los cuales se encuadra sin duda el maltrato de obra, no excluye de su radio de acción los actos violentos en los que no se aprecia directamente alguna de las manifestaciones recogidas en el apartado primero del artículo, ni exige la constatación de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto.

7. No se crea un tipo específico para castigar las agresiones a las mujeres por quien mantenga con ellas una relación conyugal o asimilada que pudiera responder a las manifestaciones finalísticas recogidas en el artículo 1º de la Ley, manteniendo la estructura del tipo en los términos fijados por la reforma de 2003.

8. Carece de sentido la exigencia de que concurra un determinado propósito, plasmado como principio programático en el articulado de la L.O. de Violencia de Género, en el autor de la conducta descrita en el apartado primero del artículo 153, y que ese mismo propósito no puede exigirse, por elementales razones, al autor o autora de la conducta del apartado segundo.

9. Añadir el propósito o intención del autor al acto equivaldría a descontextualizar o desnaturalizar la tutela penal contra la violencia de género e implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal que



dispensaba la L.O 11/2003 que elevó al rango de delito estas conductas, aún sin distingo de penalidad entre los posibles autores de los mismos, y cuya constitucionalidad ha sido afirmada por el Pleno del Tribunal Constitucional.

10. La decisión del Tribunal de inaplicar el precepto sustantivo en los supuestos de agresiones recíprocas entre los componentes de una pareja sentimental, decisión que se adopta con vocación generalista, carece de cobertura legal alguna.

11. El Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 59/2008 de 14 May. 2008, Rec. 5939/2005 validó la constitucionalidad del art. 153 CP.

12. No se requiere la concurrencia de un dolo específico más allá de la acción material de maltrato o, al menos, no es exigible un elemento subjetivo del injusto como parece predicar la sentencia de apelación cuando afirma que en las agresiones recíprocas no está presente una posición de dominio, desigualdad o discriminación.

13. Las SSTs 33/2010, de 3 de febrero, 807/2010, de 30 de septiembre, y 526/2012, de 26 de junio.

En la primera de ellas, se afirma que para la aplicación del art. 153 del Código Penal basta el maltrato de obra, aunque no origine ningún tipo de lesión.

En la segunda se afirma la indiferencia del móvil del autor en la aplicación del art. 153 del Código Penal; en respuesta al recurrente que defendía que la conducta careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionado con cuestiones económicas, se afirma que acreditada la convivencia y el acto de violencia, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo.

14. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 856/2014 de 26 Dic. 2014, Rec. 10569/2014 critica la posición minoritaria que excluye la aplicación del precepto en los supuestos de agresiones recíprocas con relación al auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 31 Jul. 2013, Rec. 20663/2012.

15. Para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobear.

16. En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional.

17. El elemento de riña mutua, o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado. Excluida la legítima defensa en cualquiera de sus grados, la acción conjunta y recíproca, en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de los miembros de la pareja, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, y tampoco a la inversa.

La inaplicación automática del precepto en los supuestos de agresiones recíprocas supone la exigencia de un elemento a modo de exoneración de la responsabilidad penal que, en absoluto, se deriva de la descripción del tipo penal.

18. Acreditada la relación de pareja y que las agresiones se enmarcan en el seno de una discusión surgida en el contexto de esa relación, por más nimia o trivial que pudiera parecer en su origen, no existe razón legal alguna, o, al menos, ni siquiera la sugiere el Tribunal, para dejar de aplicar el art. 153.1º del Código Penal, más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio completo.

19. La actuación del acusado debe encuadrarse en el art. 153.1º del Código Penal, pues propinar un tortazo con la mano abierta en la vía pública a la pareja, con la que el acusado convive y tiene un hijo, no es una situación que deba quedar fuera de la violencia machista por el hecho de que previamente la acusada le hubiera dado un

puñetazo en el curso de una discusión. Tal conducta de la mujer también merece un reproche penal, tipificarla en el art. 153.2 de Código Penal, pero no excluye la aplicación del apartado 1º respecto del acusado.

20. La decisión del Tribunal por la cual, en ausencia de un ánimo de dominación, desigualdad o discriminación, el maltrato de obra debe incardinarse en el delito leve del art. 147.3º del Código Penal, sometido para su perseguibilidad al régimen de denuncia previa, supone, igualmente, el quebranto de la voluntad del legislador del 2015, pues derogadas las faltas se convirtieron en delitos leves las conductas constitutivas de amenazas y coacciones leves cuando el sujeto pasivo era alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, conductas no sometidas al régimen de denuncia previa. Y ello, a diferencia de lo que sucede con las mismas conductas cometidas contra terceros no integrantes del círculo de sujetos pasivos designados en el citado artículo, decisión lógica siguiendo el sistema de tutela penal reforzada contra la violencia doméstica iniciada por el legislador en el año 2003.

De la misma manera el maltrato de obra está sujeto al régimen de denuncia previa cuando el sujeto pasivo no forme parte del núcleo de personas designadas en el art. 173.2 del Código Penal, mientras que esa exigencia no se ha reproducido, por razones obvias, en el maltrato de obra castigado en el art. 153.2 del Código Penal.

Tercero.

Del resultado de hechos probados se declara acreditado que ambos se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones.

Pues bien, con este resultado de hechos probados se debe estimar el recurso de la fiscalía, dado que aunque la sentencia sea absolutoria se trata de una mera cuestión jurídica en atención a declarar que los mismos hechos probados constituyen una conducta típica, antijurídica y punible y que tiene perfecto encaje en el art. 153 CP, y en sus respectivas modalidades de los apartados 1 y 2 del citado precepto. Y ello, en atención al sujeto activo del delito en cada caso, no habiéndose exigido por la norma penal ninguna exigencia de elemento intencional por el autor del ilícito penal a la hora de llevar a cabo su actuar antijurídico. Y que la conducta es claramente típica en cada caso respectivo lo evidencia que está perfectamente descrita en los dos apartados del art. 153 CP. El 1º para cuando el sujeto activo es un hombre y el 2º para cuando lo es una mujer y concurre entre ambos la relación a que se refieren ambos apartados pareja o ex pareja.

1. Viabilidad de revocación de una sentencia absolutoria para condenar manteniendo el hecho probado.

Esta Sala ha reiterado en varias resoluciones (entre ellas, Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio), que "De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente Supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la

ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: "(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, "era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)".

Pero en el presente caso el relato de hechos probados ya hemos expuesto que permite la revocación de la absolución, porque mantenemos el *factum* de los mismos, y la cuestión se reconduce a una cuestión de subsunción jurídica al considerar estrictamente, y sin alterar los hechos probados, la cuestión jurídica de que ese mismo relato debe quedar integrado en el tipo penal del art. 153 CP, en su respectivo apartado, según se trate de hombre o mujer en el sujeto activo y teniendo en cuenta la relación entre ellos. Y ello, porque, además, el resultado de hechos probados así lo declara, en cuanto a una agresión recíproca entre ambos, siendo pareja sentimental.

El juzgado de lo penal asumió la existencia de los hechos tal cual recoge en los hechos probados, por entender que había prueba bastante y destaca que: "Los hechos hemos de tenerlos por acreditados, dada la declaración del agente del CNP nº 115.573, quien mantiene lo ya relatado en el atestado, sin que podamos poner en duda su objetividad porque no recuerde algunas cosas concretas de la secuencia desarrollada. Tampoco la existencia de otras personas, que pudieran ser hasta cinco, con presencia de otra mujer, ni la posible oscuridad, del lugar, debiendo tener en cuenta como ambos miembros de la pareja son identificados debidamente y nada señalan en sus declaraciones en la fase instructora sobre el particular".

Sin embargo, pese a que se declara probada la agresión mutua el juzgado absuelve por entender que "No se constata que el origen de la discusión sea otro que las discrepancias surgidas entre ambos respecto de si debían marchar a casa o según quería la mujer, quedarse un rato más en la discoteca, sin que, por tanto estemos ante una preservación del ámbito familiar. Por ello, debemos estar a lo recogido en el artículo 147.3 del CP , encontrándonos ante unos maltratos de obra sin causar lesión, delitos solamente perseguidos mediante denuncia de parte agraviada cosa que no se da en el presente supuesto de hecho".

2. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional sobre los supuestos de agresiones mutuas entre hombre y mujer en los casos del art. 153.1 y 2 CP .

Resulta evidente que debe estimarse el recurso de la fiscalía y la sentencia debe casarse y en su lugar condenar en cada caso por el art. 153. 1 y 2 CP, según el autor del delito sea hombre o mujer y con el dato objetivo de la relación de pareja o ex pareja al que se refiere el tipo penal, como aquí concurre.

Sobre este tema existe ya una doctrina consolidada sobre la que podemos citar la siguiente referencia jurisprudencial:

a. Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 59/2008 de 14 May. 2008, Rec. 5939/2005 .

2. Constitucionalidad de la redacción del art. 153 CP en su diferente ámbito penológico de los apartados 1 y 2.

Se apunta en la sentencia que:

"No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- 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.

En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma ex art. 14 CE, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal.

La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quién 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.

La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón "una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor".

No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones -los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento- a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco puede estimarse la segunda objeción: Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción".

Se concluye, pues, la constitucionalidad del art. 153.1 y 2 CP y se da validez al diferente trato penológico, pero poniendo el acento en el aspecto objetivo del ataque del hombre sobre la mujer cuando concurren entre ellos las relaciones a las que se refiere el precepto, pero sin ahondar o exigir para que la conducta sea típica en un específico elemento intencional que no cita el precepto y que no puede extraerse sin más de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003.

b. Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 233/2004 de 7 Jun. 2004, Rec. 458/2004 .

Debe destacarse en esta resolución que:

"Con la vigente redacción del art. 153 CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código Penal (art. 617) cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el art. 173.2 CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor".

Se avala la legitimidad constitucional de la norma que sanciona unas agresiones más graves con una mayor pena. Se admite en los dos apartados del art. 153 CP un tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales que tiene justificación razonable y no conduce a consecuencias desproporcionadas.

c. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 31 Jul. 2013, Rec. 20663/2012 .

Comienza esta resolución destacando los parámetros sobre los que se sustenta la idea básica sobre la que pivota la sentencia que es ahora objeto de recurso de casación:

a. Sin "ánimo de dominación" no habría "violencia de género" y no estaríamos en el supuesto del art. 153.1 sino ante una mera falta o, en su caso, delito común.

b. Esa interpretación vendría apoyada en la dicción literal del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004.

c. Los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4 y 172, exigirían una particular intencionalidad de dominación o subyugación por parte del sujeto activo de la acción respecto de la víctima.

d. No bastaría la situación objetiva -varón contra cónyuge o persona asimilada-. Haría falta algo más que se infiere de una interpretación teleológica del precepto.

Cita la resolución, también, algunas resoluciones de esta Sala que se decantaban por aceptar la existencia del ánimo subjetivo de dominación o machismo en los hechos. Y así apunta que:

1. La STS 654/2009 de 8 de Junio es uno de esos pronunciamientos. Contempla unas agresiones recíprocas de las que surgen lesiones en los dos miembros de la pareja. El Tribunal de instancia argumentaba en pro de la inaplicabilidad del art. 153, de esta forma: "se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, por lo que castigar conductas como las declaradas probadas por la vía del art. 153 del CP con la pluspunción que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger".

2. La sentencia 629/2009, de 24 de noviembre volvía sobre la cuestión con consideraciones parecidas: "La razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 C.P se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que -como establece el art. 1.1 de la misma-, 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"

Es importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador -entre ellas la modificación del art. 153 C.P. tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, "... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa" (STC nº 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que "la diferencia 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".

Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P, modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 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"

Sin embargo, en esta importante resolución de esta Sala se concluye que debe descartarse el ánimo o comportamiento machista o de dominación al señalar que:

"Ahora bien, eso no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto que es lo que hace a juicio de este Instructor de manera improcedente, la tesis interpretativa que antes se ha expuesto.

No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico.

Ese componente "machista" hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.

Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede

razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo.

En este caso el contexto comporta ese componente; más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio concreto. Lo relevante es que es un incidente sobrevenido en el marco claro de unas relaciones de pareja rotas y con motivo de su ruptura. No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.

En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer.

Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional.

Los hechos imputados son, así pues, incardinables en abstracto en el art. 153.1º CP pese a la entidad de las lesiones.

d. Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2010 .

El juez o tribunal debe permitir que el acusado pueda probar que en la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de la violencia de género ex art.1 LO 1/2004.

Lo que señala el Tribunal Constitucional es una expresión de lo que constituye la violencia de género, al enlazarlo a los pronunciamientos teóricos que siempre se han destacado desde hace tiempo para exigir que existiera una legislación específica y propia en esta materia, al tratarse de una actividad delictiva muy distinta a la normal que consta en el resto de tipos penales entre personas que no tienen una relación entre ellos asimilable a la que se da en las relaciones reflejadas en los arts. 153, 171 y 172 CP, describiendo la situación objetivable, que no subjetiva, que existe en estos casos y que justifican las circunstancias excepcionales contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, pero sin que entendamos que ello quiera decir -y esto es lo importante- que sea preciso "probar" por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo existió un "animus" propio y específico, sino que, en todo caso, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió en supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coacciones por motivos económicos motivado por la ruptura de la pareja, etc.

Es decir, que no es que se exija la prueba del elemento intencional, sino que el acusado puede probar que hubo una intención distinta, o que los hechos y las circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad. Esto se ha dado en casos en los que el objeto del problema tenía una raíz económica, como unas coacciones por cambiar la cerradura de un local de negocio detrás de lo cual demostraba que existía un problema económico, en cuyo caso se puede considerar como falta, u otros en los que claramente se comprueba que no existen unas connotaciones de género, sino exclusivamente económicas. Ahora bien, esta intención no debería caber en supuestos de agresión o amenazas, ya que, por mucho que se quieran alegar cuestiones al margen de las propias de pareja, estos casos deben castigarse como delito por concurrir los elementos exigidos en el tipo.

Los elementos son los referidos a la relación de pareja matrimonial, de hecho asimilable o la no convivencia en supuestos semejantes a los anteriores que hacen aplicable la sanción por hecho de violencia de género a casos que antes no se incluían, como los referidos a aquellas parejas que no conviven pero que tienen una relación análoga a las anteriores, lo que lleva a admitir especiales situaciones que en su momento eran calificadas de "noviazgo" y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común. Además, se exigen, como en cualquier delito, los elementos de la voluntad e intención de causar la acción, a no confundir con que se exija la intención de realizar el acto bajo los presupuestos que marca el art. 1 L.O.1/2004 de dominación o machismo, ya que no los exige ninguno de los preceptos penales incluidos en la Ley.



Pero, lo que se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2010 es que el acusado podría probar la ausencia de componentes de diferencia de género, y que el hecho se produce al margen de situaciones de desigualdad o machismo, lo que entra dentro de la afirmación que permite probar que el acto no es de género, sino que tiene otros componentes diferenciales, como los económicos que permitirían derivar el hecho a delito leve.

Sin embargo, no puede pretenderse que el objeto de prueba sea distinto, y que a la inversa de lo que interpreta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2010, si no se prueba ese elemento intencional el hecho pasaría a ser delito leve.

e. Sentencia del Tribunal Supremo 807/2010, de 30 de septiembre .

El 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, incluso por el propio reconocimiento del mismo. 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.

En apoyo de la objeción relativa al art. 153 Código Penal se afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas". Sin embargo, el empleo de violencia y la relación de convivencia colman las exigencias del tipo, con independencia de la motivación que anima al autor.

3. La no exigencia de la prueba de la intención de dominación o machismo como elemento subjetivo del tipo penal del art. 153 CP .

La literalidad del art. 1 de la L.O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha venido creando una polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de considerar si el ánimo de dominación o machismo que subyace a las conductas de violencia de género, que se incluyó en este precepto, no era nada más que una declaración de intenciones acerca de lo que constituye la violencia de género, o uno de los elementos que la caracterizan, o se trata de un elemento que viene a constituir y conformar el tipo penal en sí para integrarse como elemento del delito, y, en consecuencia, constituir un elemento que debe ser objeto de prueba en el juicio oral.

Desde luego, lo que está claro es que no estaba en la mente del legislador, cuando redactó el art. 1 LO 1/2004, que iba a tener la trascendencia jurídica que ha tenido lo que nada más que era una declaración de intenciones cuando se quiso incluir que las actuaciones violentas de un hombre sobre su pareja llevaban tras de sí un concluyente ánimo de conseguir dominarlas. Y decimos que quedaba lejos de su intención que esto pasara a considerarse como una parte de los elementos de prueba del delito, porque era evidente que esa referencia constituía una mera reflexión que nada tenía que ver con una promulgación de los elementos subjetivos del tipo penal. Sin embargo, lo que también es evidente es que, cuando se legisla, hay que medir con detalle el alcance de lo que se incluye y transforma en derecho positivo, ya que, si consta en la norma, es obvio que el jurista lo va a interpretar y se va a cuestionar por qué tal declaración se incorpora al derecho positivo en lugar de quedar sin más, por ejemplo, en una Exposición de Motivos, en donde no hubiera tenido el alcance que ahora tiene esta ubicación, en el art. 1 LO 1/2004, de un elemento intencional.

Es por ello por lo que esta cuestión ha sido objeto de debate intenso acerca de si es preciso valorar la concurrencia de ese elemento del art. 1 LO 1/2004 y, en consecuencia, poder degradar los hechos a falta, en su momento, y ahora a delito leve, si no se acredita en el autor un elemento intencional que cumpla con los presupuestos del citado art. 1, aunque no lo exijan los tipos penales.

Pues bien, los pronunciamientos en esta materia han girado en torno a cuatro vías:

a) Considerar que la mención del art. 1 LO 1/2004 solo es una mera referencia a un elemento que no se valora como prueba en juicio, sino que es una reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género.

b) Considerar que, si está en el art. 1 LO 1/2004, se incorpora al derecho positivo y que debe por ello ser objeto de prueba por la acusación que concurre ese elemento de la dominación o machismo para considerar el hecho constitutivo de violencia de género.



c) Considerar que se debe permitir al acusado acreditar que en la comisión del hecho no concurrió ese ánimo y que la conducta queda al margen de la relación de pareja o, mejor dicho, de un intento de dominar a la pareja, sino por cuestiones personales que quedan al margen de la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres por la propia relación de pareja que está detrás. Siendo ésta la tesis que ha prosperado finalmente.

d) Considerar que en los casos de agresiones mutuas en pareja hombre y mujer no se aplica el art. 153 CP salvo que quede acreditado un ánimo de dominación o machismo.

Indudablemente, no podemos pretender trasladar a los elementos del tipo penal la referencia a los conceptos de "dominación o machismo" que vienen a constituir una mención en la legislación para tratar de fundamentar una reforma conjunta que optó por dar un tratamiento propio y específico a unos hechos en cuyo trasfondo existía una conducta de cultura de actos de esa dominación, como arquetipo de lo que estaba detrás de ese comportamiento antijurídico, que, desde el punto de vista punitivo, se sanciona en mayor medida en el art. 153 CP cuando el sujeto activo sea un hombre y el pasivo mujer, su pareja o ex pareja. Pero sin que ello exija que cuando se trate de una agresión de hombre a su pareja o ex pareja, o agresión mutua de los mismos, el elemento intencional de esa dominación o machismo se constituya como una exigencia a incluir en los hechos probados como un dolo específico no exigido por el tipo penal en modo alguno.

Construir, pues, un elemento subjetivo del tipo en el art. 153.1 CP donde no lo hay, supone exacerbar la verdadera intención del legislador para llevar al tipo penal un fundamento extraído de la Exposición de Motivos de una norma legal.

En consecuencia, en ningún caso se ha exigido como elemento del tipo del art. 153.1 CP ese elemento subjetivo del injusto, pero ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco, -y aquí está la clave del caso- cuando se trata de un acometimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena por el art. 153.1 CP cuando el sujeto activo sea un hombre, y para el apartado 2º del mismo precepto cuando en esa misma agresión, y con reciprocidad, el sujeto pasivo sea una mujer. Y ello, con el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado 1º del art. 153 CP.

En el apartado 2º no se exige que el sujeto activo sea una mujer, pero sí se exige en el apartado 1º que el sujeto activo sea un hombre. Y si el sujeto pasivo es mujer se requiere que entre ellos exista el vínculo al que se refiere el apartado 1º para dar cobertura a la tipicidad penal del hecho. Y ello, con independencia de que el ámbito de aplicación del apartado 2º sea más amplio por abarcar a la violencia doméstica, y el apartado 1º solo a la violencia de género cuando el sujeto activo sea hombre y el pasivo mujer.

Pero hay que destacar que, pudiendo haberlo hecho, en ninguno de los dos apartados el legislador quiso adicionar un componente subjetivo de elemento intencional en la comisión del delito, como sí que lo ha hecho, sin embargo, en otros tipos penales en los que en la conducta típica sí que describe un elemento subjetivo que deberá ser probado. Y, además, ello deberá inferirse en la prueba practicada en el plenario, habida cuenta las dificultades para acreditar la intención a la que se puede llegar desde la inferencia o deducción en la ejecución del hecho, por las dificultades probatorias de "fotografiar" la intención del sujeto activo del delito.

Con ello, si el legislador hubiera querido incluir en las conductas del art. 153 CP un determinado "animus" en el tipo penal lo hubiera hecho. Pero no lo hizo, por lo que su exigencia probatoria queda fuera del tipo penal.

En este estado, cuando se exige en alguna resolución que en los casos de agresiones recíprocas en pareja o ex pareja se adicione un elemento intencional o subjetivo de dominación o machismo en el derecho probatorio, se está produciendo un exceso en la exigencia de la prueba a practicar en el plenario que no está requerido en el tipo penal, y que el legislador no quiso adicionar, pudiendo haberlo hecho, quedándose, tan solo, en la mención a los actos de dominación o machismo como el sustrato o causa de justificación de la reforma, pero no como elementos propios y específicos del tipo penal que es objeto de tratamiento en el presente recurso.

4. Imposibilidad de degradar la gravedad del acto antijurídico del comportamiento recíproco de agresión entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja.

La tipicidad y subsunción jurídica de la agresión recíproca y su inclusión en los dos apartados 1 y 2 del art. 153 CP no puede desaparecer por la circunstancia de que se entienda que ya no existe ilícito penal, porque la mujer no esté en situación de "dominación" por su pareja. Y, en consecuencia, que pueda actuar agredéndole en su caso, derivándolo al art. 147.3 CP si no hay lesión, en lugar de hacerlo al específico y propio del art. 153.1 CP, lo que desnaturalizaría la conducta de ambos, convirtiéndolas en impunes según se ha realizado en la sentencia recurrida.

Nótese que, como marca la doctrina, no puede admitirse este proceso de impunidad, y determinar una decisión del juez más allá de la subsunción, cuando existen imperativos legales que evitan que el juicio de valoración

se torne en juicio de discrecionalidad jurídica o, aún peor, de arbitrariedad. No podemos olvidar que si existe una vinculación a la predeterminación positiva de la regla debe asegurarse en todas sus decisiones la seguridad jurídica. Otra cuestión distinta es que atendidas las circunstancias del caso concreto se apliquen determinadas opciones a las que luego nos referimos.

La conclusión a la que se llega por el Tribunal de apelación es que "los hechos probados ponen de manifiesto una mutua agresión sin que se haya producido resultado lesivo alguno, y sin que por parte de ninguno de ellos se haya interpuesto denuncia alguna". Es decir, se entiende que no existen lesiones y que por ello se ubica en el art. 147.3 CP, y que al no existir denuncia no puede existir condena por estar ausente el requisito de procedibilidad.

Por ello, la consecuencia de la existencia de la agresión recíproca en pareja sin causar lesión lo degrada el Tribunal, cuya sentencia es recurrida, a un delito leve, con absoluta preterición del art. 153.1 y 2 CP, que no exige en ningún momento la intención de dominación que entiende el Tribunal anulada por no tratarse solo de una agresión del hombre sobre la mujer, sino, además, de ésta sobre el hombre, lo que viene a avalar y dar carta de naturaleza, esta interpretación, a que sea posible que en pareja se puedan llevar a cabo actos de agresión que si no causan lesiones pasarían a estar incluidos en el art. 147.3 CP. Y ello, de tal manera que si no se denuncian mutuamente no existiría procedimiento penal, y no podrían sancionarse penalmente hechos para los que el legislador sí que ha previsto específicamente una sanción por una tipicidad clara y concreta: para el hombre en esos casos el tipo descrito en el art. 153.1 CP, y para la mujer en el apartado 2º del art. 153 CP.

Y es que cuando el legislador de la Ley 11/2003 contempló esta regulación distintiva en los sujetos activos del delito y en su ámbito penológico en los casos de violencia de género y doméstica no puso cortapisas algunas para el caso de que los hechos contemplados en el art. 153.1 y 2 CP se manifestaran de forma coetánea, como es el caso de la agresión recíproca, y no estuvo en su ánimo ni en su voluntad cercenar el ámbito punitivo en estos casos y reenviarlo a otro precepto penal (el art. 147.3 CP). Y, también, que la aplicación de los dos apartados serían considerados como delito solo si se hicieran de forma aislada con un sujeto activo y un sujeto pasivo. Pero no si ambos, hombre y mujer, fueran al mismo tiempo, autor y víctima de forma recíproca en los casos de agresiones recíprocas, exigiéndose, además, una intención de dominación.

Ningún precepto del texto penal contempla ni autoriza esta degradación de delito a delito leve en estos casos, y ningún precepto del texto penal autoriza, o exige, como venimos manteniendo, que se precise un elemento subjetivo del injusto de dominación o machismo, sin el cual el "factum" se aparta de la redacción que recoge el art. 153 en cualquiera de sus dos apartados, según quién sea el autor del delito. Este especial ánimo discriminatorio revelador de una posición de dominación del hombre sobre la mujer no está en el tipo penal, y no puede exigirse en el juicio de tipicidad, cuando el juicio sobre el "factum" demuestra y evidencia por las pruebas practicadas que existe un delito tipificado en el apartado 1 ó 2 del art. 153 CP según quien sea el sujeto activo del delito y el pasivo.

Ya se ha resuelto por el Tribunal Constitucional la polémica sobre la corrección del mayor tratamiento punitivo del art. 153.1 sobre el art. 153.2 CP, por lo que no pueden introducirse instrumentos correctores de esta diferencia punitiva que tiendan a introducir elementos no previstos en la norma. Además, la doctrina ha expuesto y destacado que el mayor reproche penal del art. 153.1 CP obedece a que ciertas agresiones presentan una especial gravedad por el ámbito relacional en el que se producen, y el significado objetivo que adquieren, como expresión de una desigualdad estructural de género, que atenta contra la dignidad de la mujer como persona. Pero debemos añadir que si en ese contexto de la agresión la mujer agrede y pasa, también, a ser sujeto activo del delito, la conducta agresora del hombre no puede degradarse por convertirse en unidad de acto en víctima del delito, lo que le supondría un beneficio penológico, si su agresión es contestada con otra agresión por parte de su víctima, siempre y cuando no existieran lesiones y no fuera denunciado por su pareja. Esto no lo dice la norma y no puede procederse a un proceso de reinterpretación contra legem.

A mayor abundamiento, se afirma por la doctrina en apoyo de esta tesis que el legislador en absoluto configura un elemento subjetivo del tipo consistente en una dominación machista. Y ello, aunque se haga referencia a esta lacra cultural en las exposiciones de motivos de las leyes tuitivas de la mujer. Aun teniéndose por probada una agresión mutua, no queda neutralizada la aplicación del tipo del art. 153 CP en ninguno de sus apartados, porque, en definitiva, una actitud activa de la mujer -igualmente típica, si bien que a través de otros preceptos penales-, no excluye la existencia del trasfondo de violencia de género cuando el hombre también le agrede en unidad de acto.

Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, aunque en casos concretos podría correr de cargo de quien lo alega que el acto de dominación no existe, por ser el hecho en sí mismo cuestión ajena a un acto de maltrato del art. 153 CP. Pero ello



no queda desvirtuado por la circunstancia de que la mujer responda a esa agresión con otra agresión y constituir una agresión recíproca.

5. Conclusiones.

Tras lo expuesto, las conclusiones para estimar el recurso de la Fiscalía a las que se puede llegar pueden enmarcarse en las siguientes:

1. Inexistencia de base legal para absolver. No existe base ni argumento legal para degradar a delito leve del art. 147.3 CP una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja de la que no se desprendan lesiones objetivables. Esta conducta está claramente tipificada en los apartados 1 y 2 del art. 153 CP.

2. Inexistencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar. Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.

3. La riña mutua no puede suponer un beneficio penal. Degradar la conducta a delito leve del art. 147.3 CP, con la circunstancia de exigir en este caso denuncia supone un beneficio penal para cualquiera de los agresores que no está contemplado ni en el tipo penal, ni en la filosofía de la LO 11/2003, ni en las sucesivas reformas legales que han introducido modificaciones en el tratamiento de la violencia de género y doméstica.

4. No degradación penal por el desvalor del resultado en la riña mutua. Si se degrada la tipicidad por el desvalor del resultado, al no existir lesiones y derivarlo al art. 147.3 CP, se atenta contra la propia filosofía del art. 153 CP, que solo exige que entre los sujetos exista la relación fijada de forma objetiva y que el acto objetivo integrante del tipo penal sea de golpear o maltratar sin causar lesión. La aplicación del tipo solo exigiría la acreditación de la violencia, aunque sin lesión. Y esto es maltrato en ambas direcciones si hay riña y agresión mutua sin legítima defensa.

5. Tampoco puede degradarse penalmente la conducta antijurídica del sujeto activo del art. 153.2 CP por existir una riña mutua: En el apartado 2º del art. 153 CP se remite a la conducta del apartado 1º, es decir, golpear o maltratar sin causar lesión y en este el sujeto activo puede ser la mujer y el pasivo el hombre, pero no degradando la conducta de la mujer que el hombre, además, antes o después, agrede también. En ambos casos, salvo en aquellos en los que concurren circunstancias modificativas de responsabilidad, como puede ser la legítima defensa completa o incompleta, el hecho exige para su tipicidad el comportamiento objetivable de la agresión. Cuestión distinta, como decimos, es que el sujeto se defiende ante el acometimiento del otro, aunque ello entraría ya en la apreciación, o no, de circunstancias eximentes o atenuantes, no en la concurrencia de conducta antijurídica que encuentra su acomodo en el art. 153 CP, según sea el caso.

6. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 no es un tipo penal. No puede extraerse de la Exposición de motivos de la LO 11/2003 y trasladarse al tipo penal del art. 153.1 y 2 CP un elemento subjetivo del injusto que requiera de la concurrencia de la dominación o machismo en el ataque del hombre a la mujer cuando existe un acometimiento recíproco entre ellos, pero tampoco cuando existe solo un acometimiento del hombre a la mujer, ya que no lo exige el tipo penal, sino solo el objetivo de la agresión.

7. Respeto al principio de tipicidad penal. Si el hecho probado constituye un acto típico y antijurídico no existe razón legal alguna para dictar una sentencia absolutoria por la circunstancia de que el sujeto activo lo sea, al mismo tiempo, sujeto pasivo, por la agresión que le responde la persona a quien golpeaba o maltrataba, y sin amparo legal alguno que cubra esa modificación.

8. El respeto al hecho probado. No hay cobertura legal para amparar la modificación del tipo penal que sanciona la conducta declarada probada, por una circunstancia absolutamente ajena a la conducta antijurídica, cual es que exista una riña mutua y ambos sujetos se golpeen, aun sin causar lesión. Esta circunstancia no puede cambiar la tipicidad del hecho para pasarlo del art. 153.1 y 2 CP al art. 147.3 CP.

9. Posibilidad de aplicación del apartado 4º del art. 153 al caso concreto. Lo que sí es posible aplicar es la vía del art. 153.4 CP que señala que: 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. Ello permitirá graduar la respuesta penológica al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre. Este tipo atenuado sería el marco adecuado para tener en cuenta, en su

caso, algunas de las circunstancias que se valoran por los jueces y tribunales para excluir la aplicación del artículo 153.1 CP.

10. Posibilidad de valorar supuestos de legítima defensa. Dentro de la abierta posibilidad de valorar cada caso concreto sin encorsetamientos no deseados resulta viable que en caso de agresión recíproca pueda valorarse la opción de la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la legítima defensa, que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena, lo que queda al ámbito de la prueba de sus circunstancias en el juicio oral. Con ello, habrá que estar al caso concreto y su prueba.

11. No existe una presunción de dominación iuris et de iure, pero ello no es elemento del tipo penal del art. 153 CP. No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del art. 147.3 CP.

Por ello, la sentencia debe ser casada y revocada la absolución, condenando a Pablo Jesús como autor de un delito del art. 153.1º del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Palmira, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por ella y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses y costas y a Palmira como autora de un delito del art. 153.2 del Código Penal a la pena de 3 meses de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Pablo Jesús, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por él y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses y costas.

Nótese que la imposición de la pena de alejamiento es preceptiva según resulta de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 342/2018, de 10 de Julio, por lo que no es disponible por las partes, ni se puede renunciar a ella, de ahí que en aplicación del art. 48 en relación con el art. 57 CP se imponga la pena ya fijada para ambos de un año y seis meses, adoptándose por las partes las medidas oportunas para su cumplimiento indisponible.

Cuarto.

Las costas se imponen de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 9 de marzo de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García
Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde



Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Diaz
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION NÚM.: 1388/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Diaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de apelación nº 165 de 2018, dimanante de las Diligencias del Juicio Rápido nº 394/2017 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, confirmando por sentencia de fecha 9 de marzo de 2018 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, íntegramente la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza en causa seguida contra los acusados Pablo Jesús, con D.N.I. NUM000, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, mayor de edad, nacido el NUM001 de 1983 en Alcañiz (Teruel), hijo de Adriano y de Angelina, y contra Palmira, con D.N.I. NUM002, nacida en Zaragoza el día NUM003 de 1992, hija de Carmelo y Delia, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 9 de marzo de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Único.**

De conformidad con nuestra Sentencia Casacional, y conforme a los argumentos antes expuestos debemos condenar a Pablo Jesús como autor de un delito del art. 153.1° del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Palmira, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por ella y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses, adoptándose por las partes las medidas oportunas para su cumplimiento indisponible y costas y a Palmira como autora de un delito del art. 153.2 del Código Penal a la pena de 3 meses de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Pablo Jesús, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por él y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses, adoptándose por las partes las medidas oportunas para su cumplimiento indisponible y costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos a Pablo Jesús como autor de un delito del art. 153.1° del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Palmira, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por ella y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses, adoptándose por las partes las medidas oportunas para su cumplimiento indisponible y costas y a Palmira como autora de un delito del art. 153.2 del Código Penal a la pena de 3 meses de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Pablo Jesús, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por él y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses, adoptándose por las partes las medidas oportunas para su cumplimiento indisponible y costas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García
Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde
Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Diaz
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Que formula el EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, al que se adhieren los EXCMOS. SRES. D. JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, D. ALBERTO JORGE BARREIRO y EXCMA. SRA. DÑA. CARMEN LAMELA DIAZ a la sentencia de Pleno de la Sala en el recurso Nº 1388/2018

Formulo el presente voto particular para expresar mi respetuosa discrepancia con el criterio de la mayoría. Entiendo que el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debió ser desestimado en cuanto a la aplicación del



artículo 153.1 del Código Penal (CP) al acusado Pablo Jesús, dados los hechos que se declararon probados en la sentencia de instancia y que no fueron modificados en la de apelación.

1. La tesis que aquí se mantiene es la que ya acogió alguna resolución de esta Sala, por lo que no es preciso un desarrollo extenso. Concretamente, en la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, se decía (FJ 3º) que "Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 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".

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales".

Y, más adelante, en el mismo fundamento jurídico, se añadía que "Si, como hemos establecido líneas atrás, la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles, 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, analizando los componentes sociológicos y caracteriológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes. Así lo ha entendido el Tribunal sentenciador excluyendo argumentadamente que la agresión mutua de marido y mujer se hayan producido en un ámbito de "violencia machista" en una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada que esta Sala de casación carece de motivos para invalidarla".

En la misma línea nos hemos pronunciado en otras sentencias, entre ellas, la STS nº 132/2013, de 19 de febrero, en la que se señalaba: "El hecho probado es claro en la relación de insultos y golpes y de expresiones de superioridad en orden a los amigos y amigas con las que podía salir o a cambios de indumentaria de la perjudicada en el hecho porque al acusado no le parecía oportuna. Estos hechos revelan un empleo de la violencia como manifestación de una pretendida superioridad y de una falta de respeto hacia la mujer que es la típica de los delitos objeto de la condena".

O la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, en la que se dice: "No siempre que concurren todos los elementos objetivos típicos del art. 153.1º se podrá apreciar ese mayor desvalor. El Tribunal razona en unos términos que conducen a la conclusión de que el precepto solo podrá venir en aplicación cuando se aprecie ese mayor desvalor, lo que será habitual pero no automático. No son descartables a priori situaciones en que excepcionalmente la conducta escape totalmente de ese sustrato de intolerable asimetría arraigada que justifica la mayor sanción y que, en consecuencia, no deba castigarse por la vía del art. 153.1º para no incurrir en una discriminación no legítima constitucionalmente".

Es cierto que, al lado de esta línea jurisprudencial existía otra de sentido contrario, que es la que ha seguido la sentencia de la mayoría. También es cierto que se trata de una cuestión discutible, lo que se acredita, sin ir más lejos, con la dos tendencias jurisprudenciales aludidas, que no solo se manifiestan en resoluciones de esta Sala, sino también en las de otros Tribunales de la jurisdicción penal. Pero, con la decisión adoptada en la sentencia del Pleno, creo que hemos perdido una oportunidad de interpretar y aplicar la protección a la mujer contra la violencia de género, cuya conveniencia no parece ser discutida, dentro de sus auténticos límites, evitando extender el trato desigual al varón y a la mujer, contenido en el artículo 153 del Código Penal, de una forma excesiva y mecánica o automática a todos los casos en los que, en el ámbito de las relaciones de pareja, actuales o pasadas, el varón maltrate de obra a la mujer.

2. En el Código Penal, en su redacción actual, se contienen tres previsiones respecto del maltrato de obra ocasional, sin causar lesión y respecto de las lesiones que no requieran tratamiento médico o quirúrgico.

En primer lugar, en el artículo 147.2 se castiga (con la pena de multa de uno a dos meses) al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el artículo 147.1, es decir, una lesión que

no requiera tratamiento médico o quirúrgico. Y en el artículo 147.3 se castiga (con la misma pena) al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión. No se hace distinción alguna respecto de los sujetos activo o pasivo del delito.

En segundo lugar, en el artículo 153.2 se castiga (con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años) al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2, (a las que me referiré como lesiones leves) o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando sea víctima del delito quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, excluyendo a las personas mencionadas en el artículo 153.1; así como una serie de sujetos pasivos que se detallan en el precepto (los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; o los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; o cualquier persona amparada por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; o cualquier persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados). En el aspecto que aquí interesa, la justificación de la agravación es la que ya establecía la Ley Orgánica 11/2003 en el apartado III de la Exposición de Motivos: "las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos".

Y, en tercer lugar, en el artículo 153.1 se castiga (con la pena de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años) al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, 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 (también cuando la persona ofendida sea especialmente vulnerable que conviva con el autor). La agravación se basa en que se trata de casos de violencia de género.

En lo que se refiere a los casos de lesiones leves o de maltrato de obra que tengan lugar en el ámbito de la pareja (siempre sea ésta actual o pasada), es claro que se establece un trato diferenciado entre los casos en los que la conducta es ejecutada por la mujer, que tendrían cobijo en el artículo 153.2, y aquellos otros en los que la ofendida sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él (al autor) por una análoga relación de afectividad, que engloba los casos de conducta ejecutada por el varón contra su pareja femenina, en los que se aplicará el artículo 153.1, que tiene una pena superior. Es cierto que la desigualdad se reduce al prever la posibilidad, en ambos casos, de imponer la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, así como con la posible aplicación de las previsiones del 153.3 y 4 en relación con ambos apartados. Pero es indiscutible que en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, existe una diferenciación entre unos supuestos y otros. De forma que, en los casos no infrecuentes de agresión recíproca, la condena del varón puede ser superior a la de la mujer, sin que concurran, aparentemente, otras circunstancias distintas del hecho de ser varón o del hecho de ser mujer.

Por lo tanto, respecto de los casos generales, se prevé una penalidad más grave en los casos en los que las lesiones leves o el maltrato de obra tenga lugar en el ámbito de la pareja (actual o pasada), y dentro de estos, aún más grave cuando el autor sea el varón y la víctima su pareja o expareja femenina.

2. El trato desigual aparece con claridad. La cuestión, entonces es determinar si está suficientemente justificado desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, que proclama el principio de igualdad ante la ley, que ha de ser interpretado en los términos en que lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es recogida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que se hará referencia inmediatamente.

Es claro que la justificación de la diferencia en el trato dispensado por la ley a los diferentes casos ha de basarse en consideraciones relacionadas con la violencia de género. No es discutible que el nivel de preocupación que origina la reiteración de casos, en ocasiones de enorme gravedad, que finalizan con la muerte de la mujer a manos de su pareja o expareja, justifica que el legislador acuerde medidas de protección o disuasorias, entre ellas las de carácter penal, frente a actos agresivos en este ámbito, sancionando con mayor rigor esos casos. Así se recogía en el Preámbulo de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG o Ley contra la violencia de género), al decir que "Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de



acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud".

En cuanto a lo que haya de entenderse por violencia de género, en el artículo 1.1 de la Ley se parte de la afirmación según la cual "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".

Queda claro, pues, que no se trata de actuar contra cualquier violencia desarrollada por quienes son o han sido pareja sentimental contra su pareja, ni siquiera de actuar contra la violencia ejecutada por el miembro varón de la pareja contra el miembro femenino de la misma, sino, solamente, en aquellos casos en los que la violencia sea una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres".

3. De la justificación del evidente trato desigual se ocupó el Tribunal Constitucional en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo, seguida luego por la STC 95/2008, de 24 de julio. En el mismo sentido la STC 49/2009, de 19 de febrero; la STC 127/2009, de 26 de mayo; y la STC 41/2010, de 22 de julio.

En la primera de ellas aparecen toda una serie de consideraciones, en muchos casos claramente asertivas, relacionadas con esa justificación que finalmente el Tribunal aprecia. Sin ánimo exhaustivo, y sin que ello suponga prescindir del hilo argumental de la sentencia, se recogen algunas de ellas.

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, como a continuación se razonará, 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. (FJ 7).

La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de 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. Su objetivo es también 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. La exposición de motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto. La 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" (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la "especial incidencia" que tienen, "en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres" y en la peculiar gravedad de la violencia de género, "símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad", dirigida "sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión", y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (exposición de motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia "constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución", los poderes públicos "no pueden ser ajenos" a ella (exposición de motivos II). (FJ 8).

La igualdad sustancial es "elemento definidor de la noción de ciudadanía" (STC 12/2008, de 29 de enero , FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad. (FJ 8).

No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión.... (FJ 9).

...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". (FJ 9).

Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce



por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando 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. (FJ 9).

No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece. (FJ 9).

Como el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- 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. (FJ 9).

El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones -los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento- a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. (FJ 11).

Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima. (FJ 11).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción. (FJ 11).

4. Parece, pues, que queda claro que la justificación se encuentra en la mayor lesividad de una determinada conducta del varón en el marco de las relaciones de pareja, actual o pasada, que se caracteriza porque se encuadra en una pauta cultural identificada por la consideración de la inferioridad y sumisión de la mujer respecto del hombre en ese marco de relación. De esta forma, se justifica que la ley, en su previsión de carácter general contemple esos casos y les asocie una mayor pena, respondiendo a una mayor necesidad de prevención, como función relevante de aquella.

Sin embargo, esta justificación de carácter general que afecta a la legitimidad de la previsión legal, no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto. Al menos por dos razones. La primera, porque, aunque pueda afirmarse que esa pauta cultural rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación intelectual del ciudadano, que pueden relacionarse, incluso, con el éxito de las actividades de formación en la materia que contempla la propia legislación (artículo 3 de la Ley de violencia de género), la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan.

Y, la segunda, de mayor peso en el ámbito penal, porque no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho

de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Es más; si se admite, como se hace en la sentencia de la mayoría, que el acusado puede probar que no existe el elemento relativo a la dominación y tal prueba excluiría la aplicación del artículo 153.1 CP, se está también admitiendo implícitamente que ese es un elemento necesario del tipo. Y si es así, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo.

En consecuencia, esa pauta cultural negativa o ese contexto de dominación en el que debe apreciarse que se ejecutan los hechos, necesita ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y de presunción de inocencia.

Es cierto, como se dice en la sentencia de la mayoría, que ninguno de los apartados del artículo 153 CP incluye ni exige "entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer". Pero, si se prescinde de ese contexto, que en síntesis podríamos denominar contexto de dominación, la diferencia en el trato, en la aplicación de la ley, no quedaría justificada, vulnerándose con ello el artículo 14 de la Constitución. Es necesaria, por lo tanto, una interpretación del tipo penal que, en el momento de su aplicación, impida la vulneración de ese principio, exigiendo la constatación de los elementos que justifican el trato desigual.

5. En el artículo 153.2 se sancionan con mayor gravedad que en el artículo 147.2 y 3, algunos casos en atención a las condiciones de las víctimas de los hechos constitutivos de lesiones leves o de maltrato de obra sin causar lesión. Entre ellos, cuando la víctima sea o haya sido cónyuge o persona ligada al autor por una análoga relación de afectividad. Por lo tanto, sería aplicable a la mujer que, en el mencionado ámbito de relaciones, cause lesiones leves o maltrate de obra a su pareja o expareja, sea ésta masculina o femenina, así, como los casos en que la conducta delictiva sea ejecutada por un varón contra su pareja o expareja del mismo sexo. La agravación, respecto al artículo 147. 2 y 3, se justificaría por la especial consideración a las obligaciones derivadas de una relación como la descrita. Agravación que, en general, sería aplicable a cualquiera de los miembros de la pareja, sin generar, por lo tanto, diferenciación alguna desde el punto de vista de la entidad de la reacción punitiva.

Las previsiones de este precepto, en cuanto excluye de su aplicación a las personas mencionadas en el artículo 153.1, han sido utilizadas como argumento para afirmar que este primer apartado es aplicable en todo caso, ya que, quedando excluidas esas víctimas de la aplicación del artículo 153.2, se sancionaría más gravemente a la mujer que al hombre, que sería sancionado conforme al artículo 147.

Sin embargo, esta no es la única interpretación posible. Si se acepta que el tipo previsto en el artículo 153.1 incorpora un elemento implícito consistente en el contexto de dominación a que hace referencia la ley contra la violencia de género, habría que concluir que la exclusión contenida en el artículo 153.2 solo se refiere a esos casos, es decir, que la exclusión no se basa en que la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, pues no está basada en el sexo, sino que es necesario además que la víctima se encuentre en aquella situación o contexto de dominación por parte del varón en el marco de la relación de pareja, pues es solo en esos casos cuando se puede encuadrar la conducta en lo que se entiende por violencia de género.

Con carácter general, por lo tanto, el artículo 153.2 sería aplicable a ambos integrantes de la relación de pareja, sea cualquiera su sexo. Y, cuando el autor es el varón, la víctima su pareja o expareja femenina y se aprecia el contexto de dominación, entonces, y solo entonces, se aplicará al varón acusado el artículo 153.1 CP.

6. Aunque no es preciso para justificar el contenido de este voto particular, he de añadir que entiendo que ese elemento de contexto al que he venido haciendo referencia, expresado en síntesis, como contexto de dominación, no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito. No constituye un elemento subjetivo del injusto. No se trata, pues, de acreditar que el varón pretenda o desee dominar, humillar o subordinar a la mujer.

Entiendo, por el contrario, en coincidencia con lo que se argumentaba en el Auto de 31 de julio de 2013, Causa Especial 20663/2012, recogido después en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco de relación caracterizado por esa dominación. Es decir, un marco en el que la mujer es situada como un ser inferior, subordinado al hombre e incapaz de tomar decisiones propias que hayan de ser respetadas como procedentes de un ser humano con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro. Son las circunstancias objetivas de la situación las que permitirán afirmar que ese contexto concurre en cada hecho concreto.

No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer. Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada. Y



que, sabiéndolo, decida ejecutar la conducta imputada. El precepto no exige una intención especial (STS nº 526/2012, de 26 de junio).

7. De todo lo anterior se desprende en resumen que, en mi opinión, que resulta minoritaria, el artículo 153.1 se refiere solamente a la violencia de género. Existirá violencia de género cuando la agresión (la violencia) tenga lugar en el marco de las relaciones de pareja, actuales o ya finalizadas, y cuando se produzca dentro de una pauta cultural, que puede identificarse como un contexto de dominación, en el que se atribuyen a la mujer unos roles personales y sociales que la sitúan en una posición de inferioridad y subordinación respecto a su pareja o expareja masculina, que con su actitud y forma de comportarse la cosifica tratándola como un objeto de su propiedad, incapaz como ser humano de adoptar decisiones libres que deban ser respetadas.

Este contexto de dominación tiene carácter objetivo y se manifiesta o resulta de las características de la acción y de las circunstancias que la rodean, y no de la intención del autor, aunque ésta pueda ser relevante en la valoración de aquellas.

El delito no requiere un dolo específico, bastando que el sujeto activo conozca el significado de su conducta y que, con ese conocimiento, decida ejecutarla.

La concurrencia del contexto de dominación, es decir, de las características y circunstancias de la conducta que provoquen la colocación de la mujer en aquella inadmisibles posición de inferioridad y de subordinación a su pareja o expareja masculina, no puede presumirse en contra del reo. Debe ser acreditado por las pruebas de cargo, aportadas por la acusación, y debe figurar de forma expresa en los hechos probados de la sentencia condenatoria.

8. En el caso concreto, se declara probado que los dos acusados eran pareja sentimental, hombre y mujer, y que "en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento en que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro". Así, según los hechos que se declaran probados.

No se contiene en esa narración fáctica ninguno de los elementos de esa naturaleza que permitan entender que la agresión del varón a la mujer se produce en el marco de una relación de dominación, humillación o subordinación de esta última respecto de aquel. Por el contrario, del relato fáctico no es difícil deducir que las agresiones mutuas tuvieron lugar en un nivel de igualdad, en el que dos seres humanos, con independencia de los roles personales y sociales que cada uno pueda atribuir al otro, se enfrentan hasta llegar a la agresión física, teniendo como base una discrepancia sobre un aspecto intrascendente de su vida, discrepancia que pudiera haberse producido y tratado entre cualesquiera otras dos personas, sin implicar superioridad inicial de ninguna sobre la otra. En cualquier caso, aquel contexto no se declara probado en la sentencia impugnada.

En esas condiciones, la aplicación del artículo 153.1 al acusado varón, resulta automática y mecánica, e implica una presunción en su contra relativa a la concurrencia del elemento objetivo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, justifica que la sanción sea diferente y más grave que la que correspondería al otro miembro de la pareja que ejecuta hechos de idéntica relevancia penal. Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad de trato, que no se ha probado en el caso, además, vulnera el principio de culpabilidad.

Por lo tanto, en el caso, entiendo que no era de aplicación el artículo 153.1 al acusado, y que ambos acusados debieron ser condenados como autores de un delito del artículo 153.2 CP.

Además, dada la escasa gravedad de los hechos, en atención a la obtención de una reacción punitiva que, en su conjunto, pudiera considerarse más proporcionada, en mi opinión debió imponerse la pena inferior en grado, conforme al artículo 153.4 CP.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Alberto Jorge Barreiro Carmen Lamela Díaz

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.