

Antonio Bueso Alberdi

Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio FICP

~ Delito de violencia de género: el elemento subjetivo ~

I. Introducción

La cuestión objeto de reflexión y análisis es la exigencia o no de un elemento intencional en los delitos relativos a la violencia de género tipificados en el art. 153.1, 171 y 172 del C.P, esto es, si para estimar cumplidas las exigencias de los citados tipos penales basta con acreditar, la agresión o acto violento con resultado lesivo leve o sin resultado lesivo, amenaza o coacción leve, y el vínculo de afectividad, relación de pareja presente o pasada entre agresor y víctima, o por el contrario, es preciso también acreditar en el agresor una intención de imponer su situación de dominio o superioridad sobre la víctima¹. Con carácter general, en los supuestos de agresión puntual (maltrato ocasional) del hombre a su esposa o pareja con resultado lesivo leve, los Tribunales vienen manteniendo la condena por delito de violencia de género del art. 153.1 del C.P, siempre que resulte probada la agresión o acto de violencia y el vínculo de afectividad, presente o pasado entre agresor y víctima, siendo excepcionales los pronunciamientos de Audiencias Provinciales en los que pese a resultar acreditados tales extremos, mantenían una absolución por el delito y postulaban la condena por simples faltas de lesiones argumentando que en la agresión, de carácter puntual y esporádico, no se puso de manifiesto por parte del agresor su intención de dominio machista.

Por el contrario, en los supuestos de agresiones mutuas, cuando el hombre y la mujer, unidos por relación matrimonial o de pareja, presente o pasada, se agreden mutuamente, los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales son dispares y variados, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva, sosteniendo unas Audiencias que en tales casos se cumplen las exigencias del tipo de violencia de género y doméstica de los arts. 153. 1 y 153.2 del Código Penal, mientras que al entender de otras, en tales supuestos, no se pone de manifiesto la situación de dominio, discriminación o desigualdad entre los miembros de la pareja, y por tanto, no son de aplicación aquellos tipos penales, sino las simples faltas de lesiones (hoy delitos leves de lesiones).

¹ DE LA FUENTE HONRUBIA, F, ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, Actas XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional de Ciencias Penales, junio 2011.

II. Elemento Subjetivo, posiciones a favor y en contra. Análisis de la jurisprudencia.

Así, por una parte, siguiendo una interpretación sistemática y lógica de los términos en los cuales está redactado el art. 153 del C.P. varias Audiencias Provinciales (SAP de Madrid de 14-4-2008, 29-9-2009, SAP de Cuenca de 13-4-2009, SAP de Toledo de 10-2-2009, SAP de Cantabria de 21-4-2010, SAP de Guadalajara de 20-10-2015, ó SAP de Murcia de 2016), han venido afirmando que dos son los elementos objetivos que conforman el tipo penal: la causación de lesiones físicas o psíquicas de carácter leve, y la vinculación afectiva ente el sujeto activo y el sujeto pasivo, esto es, la relación matrimonial o de pareja, presente o pasada, entre el autor de la agresión y la víctima, sin que resulte exigible un móvil específico de subyugación o de dominación masculina², es decir, un dolo específico o intención manifiesta del sujeto activo de menoscabar o atentar contra la paz familiar o dignidad de su pareja en el ámbito de la relación afectiva que les une o ha unido, ni aun de imponer su dominio o superioridad respecto de su pareja.

En apoyo de esta tesis, en las escasas sentencias sobre la materia en las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, pueden destacarse la STS 58/08 de 25 de enero de 2008, o la sentencia 807/10 de 30 de septiembre, en la que el Alto Tribunal declara: *“en apoyo a la objeción relativa al art. 153 del C.P. 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 económica. Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditadas, 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”*.

Con posterioridad, la STS de 2 de junio de 2011 insiste en la indiferencia del móvil del autor en la aplicación del delito de violencia de género del art. 153 del C.P., afirmando que *“como recordaba la sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2010, el precepto aludido, art.*

² MUÑOZ COMPANY, M.J, Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación, Jurisprudencia y legislación reciente, (diariodelaley.es. La Ley 5179/2015). Recurso disponible en <https://porticolegal.expansion.com>.

153 del C.P se dictó para la protección de 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. La propia sentencia de instancia se detiene en la cuestión destacando las particulares relaciones entre ambos, dada la vida que llevaban juntos durmiendo en albergues o en la casa de Campo, pidiendo y bebiendo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente la específica motivación que en el momento de los hechos propició la agresión”. Por último, la STS 856/14, de 26 de diciembre de 2014 ha declarado al respecto lo siguiente: “Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para la aplicación del art. 153.1 del C.P 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 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 se propone erradicar o al menos reprobar. 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 del C.P. al concurrir las especiales condiciones 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 pueda hablarse de desequilibrio físico o emocional”.

Por el contrario, otras Audiencias Provinciales han venido a postular la tesis absolutoria en supuestos de agresiones mutuas, alegando la doctrina establecida en dos únicas sentencias del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 de noviembre de 2008 y la Sentencia de 8 de junio de 2010. En la primera Sentencia citada, el Alto Tribunal viene a declarar que “no toda acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resulte lesión leve para la mujer debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el art. 153 del C.P, sino sólo

y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, excluyendo la aplicación del tipo penal en los supuestos de maltrato o agresiones mutuas, y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja”. No obstante, la Sentencia citada tuvo el voto particular del Magistrado D. Julián Sánchez Melgar, quien estimó que los hechos objeto de enjuiciamiento eran constitutivos de un delito de violencia de género: encontronazo entre el marido y la esposa en el curso del cual, la mujer agarró a su marido por los pelos, a la par que él le propinaba un cabezazo a ella en la nariz, iniciándose un forcejeo entre ambos, durante el cual el marido sujetó por la muñecas a su mujer que le arañaba en los brazos, argumentando que *“aun partiendo de los postulados de la Ley Orgánica 1/2004, de entender la violencia de género como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombre sobre las mujeres, cuando 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, no puede olvidarse que tal Ley también determina que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, y que el legislador al redactar el art. 153 del C.P, por las razones que fueran, no trasladó esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión no definida como delito en el Código Penal, para que adquiriera esta consideración delictiva cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, siendo perfectamente posible en tales casos de agresiones mutuas la aplicación del tipo atenuado del párrafo 4 del art. 153 del C.P”.*

A mayor abundamiento, a los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que afirman la no exigencia de un elemento intencional en los delitos de violencia de género tipificados en los arts. 153, 171 y 172, pueden añadirse otros basados en la propia redacción literal de los preceptos penales y en los antecedentes legislativos, o evolución normativa del tratamiento jurídico penal de la violencia intrafamiliar; Por una parte, el art. 153.1 del Código Penal castiga al *“que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el art. 147.2 del C.P, o golpear o maltratar 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 análoga relación de afectividad aún sin convivencia....”*, no exigiendo en su redacción, a diferencia de otros tipos penales, ningún dolo o elemento intencional; tan solo se requiere para la existencia del delito, la agresión con resultado lesivo y la vinculación afectiva entre el autor-hombre y la víctima-mujer.

III. Evolución legislativa.

Repasando el tratamiento jurídico penal que el legislador ha venido dispensando a los comportamientos violentos de carácter leve en el ámbito familiar, desde que en el año 1989 castigara por primera vez el maltrato familiar habitual en el antiguo art. 425 del C.P³, sucesivamente reformado para ir ampliando el círculo de sujetos pasivos del mismo, ha de destacarse que ya el Código Penal de 1995 modificó la redacción del art. 617 del C.P, en el que se castigaba la falta de lesiones y el maltrato de obra, en el sentido de agravar la pena en los casos en los que el ofendido fuera el cónyuge o persona a la que se hallaba ligada el agresor por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, o ascendientes que convivan con él. Con posterioridad, ese apartado de agravación del art. 617 del C.P fue suprimido con la nueva reforma del Código Penal llevada a efecto por la Ley Orgánica 11/03, de 29 de septiembre, que pasó a castigar como delito el menoscabo psíquico leve, las lesiones no constitutivas de delito, el maltrato de obra sin lesión, o las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos, cuando tales conductas se produjeran entre las personas del núcleo familiar del agresor, relacionadas en el art. 173 del C.P, que pasó a castigar el maltrato familiar habitual, pese a lo cual, en el art. 620 del C.P, en el que se castigaban las amenazas, coacciones, vejaciones e injurias leves se mantuvo la agravación de la pena cuando tales conductas se realizaban sobre las personas a las que se refiere el art. 173 del C.P. Y por último, la Ley Orgánica 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dio su actual redacción al art. 153.1 del C.P con la pretensión de sancionar con mayor dureza este tipo de violencia, la ejercida por el hombre sobre la mujer con la que tiene o ha tenido una relación de pareja, presente o pasada, distinguiendo así este tipo de violencia del resto de las formas de violencia intrafamiliar, no estableciendo una falta paralela al delito del art. 153 del C.P cuando no existiera la relación de dominación o prevalencia machista del hombre sobre la mujer, y no atendiendo por tanto a los motivos que originan la discusión y posterior agresión. Si se parte del contenido del art. 1.1. y 3 de la citada Ley de Protección Integral, el bien jurídico protegido en el tipo del art. 153.1 C.P, no es sólo la integridad física de la mujer, sino también la paz familiar, esto es, el respeto que cada miembro de la pareja merece en su conjunto y de forma individualizada como parte de la misma, de manera tal, que toda agresión merece un plus de punición que únicamente se colmaría con la pena que conlleva la calificación del hecho como delito y no la escasa penalidad de los hechos si merecieran la consideración de falta. En el mismo sentido, en las Exposiciones de Motivos de las Leyes Orgánicas

³ Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial., Guía de criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 2008.

que le han dado la actual redacción al art. 153 C.P, se expresa, que el bien jurídico protegido no es la integridad física o moral de la víctima, sino su dignidad personal, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y de un modo más genérico, la llamada paz familiar, dentro del ámbito familiar, entendiendo el legislador que merecen mayor reproche no solo moral, sino también punitivo (no causa el mismo daño la agresión, insulto, amenaza o vejación de un vecino, amigo, conocido o extraño, que la de un padre, hermano, hijo, cónyuge o pareja), porque siempre suponen una quiebra importante de los pilares afectivos y de confianza que sustentan las relaciones familiares o de pareja.

En conclusión, siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente referenciada y las reflexiones del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/04, puede afirmarse que la Ley no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo específico de subyugación o dominación machista por parte del agresor en el delito de maltrato ocasional del art. 153 del C.P, el cual está integrado en la misma naturaleza y contexto de las conductas típicas, al conllevar la agresión en él mismo el menoscabo de la relación de confianza, igualdad y respeto mutuo que sustentan y fundamentan la relación conyugal o de pareja.

Con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la consiguiente supresión de las faltas de lesiones, amenazas, coacciones o injurias leves, la exigencia de ese elemento subjetivo o intencional en los delitos relacionados con la violencia de género tipificados en el art. 153, 171.4, 172. del C.P. puede provocar pronunciamientos absolutamente contrapuestos a las pretensiones del legislador de sancionar con mayor rigor punitivo la violencia física o verbal leve en el ámbito intrafamiliar, pues con relación a las lesiones leves entre personas unidas por vínculo afectivo de pareja, presente o pasado, o por relaciones de parentesco o de mera convivencia familiar, en caso de exigir la concurrencia de tal elemento subjetivo y no estimarlo acreditado pasarían a integrar el delito leve de lesiones o maltrato de obra del art. 147.2 y 3 del C.P que exige denuncia de la persona agraviada, y en este tipo de ilícitos penales, no puede obviarse el elevado número de retiradas de denuncia por parte de las víctimas y el uso de su derecho a la dispensa legal del art. 416 de la Lecrim.

En el mismo sentido, tampoco las amenazas o coacciones leves en el ámbito de la relación afectiva de pareja, exigen aquella finalidad o intención de subordinación, subyugación o dominio del hombre sobre la mujer que es o ha sido su esposa, o pareja, pues tras la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, las amenazas y coacciones leves entre personas unidas por alguno de los vínculos de afectividad, parentesco o convivencia relacionados en el art 173 del C.P se castigan como delito

leve de amenazas o coacciones, si bien con la agravación de la pena y sin exigencia de denuncia de la persona agraviada (art. 171.7 y 172.3 del C.P), manteniendo el Código Penal el castigo autónomo de las amenazas y coacciones leves en el art. 171.4 y 172.2 del C.P. , cuando el autor es el hombre y la víctima la mujer que está o ha estado unida a él por vínculo matrimonial o afectivo análogo.

IV. Conclusión

En conclusión, la no exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, finalístico o intencional en los delitos relacionados con la violencia de género tipificados en los arts. 153, 171 y 172 del C.P., que por lo demás exigiría una demostración probatoria difícil de asumir, no sólo viene avalada por la propia dicción literal de los preceptos que sancionan el maltrato ocasional, las lesiones y coacciones leves, sino también por las pretensiones del legislador de 2003 que les dio su actual redacción, sancionando con mayor rigor y dureza la violencia leve en este ámbito familiar entendiendo que toda agresión verbal o física de carácter leve del hombre sobre la mujer que es o ha sido su esposa, o es o ha estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, lleva implícita aquella quiebra de la relación de confianza, igualdad y respeto mutuo que deben presidir las relaciones de familia. Paralelamente, la mayor sanción de los comportamientos violentos leves entre personas unidas por vínculos de afectividad, parentesco o convivencia familiar o cuasi familiar a los que se refiere el art. 173 del C.P, también viene justificada por el hecho de llevar implícita esa quiebra de los pilares afectivos de confianza, seguridad y afectividad (paz familiar) que presiden las relaciones entre personas unidas por tales vínculos. Y por último, para confirmar tal conclusión sobre la no exigencia de un elemento intencional en los tipos penales referenciados, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de 2015 ha mantenido su redacción anterior, con la única modificación de reconvertir las anteriores faltas de lesiones, amenazas y coacciones leves en delitos leves de lesiones, en los que no se prevé ninguna agravación específica para el supuesto de que agresor y agredido/a se hallaran vinculados por relación de afectividad, presente o pasada, con vínculo matrimonial o sin él, de parentesco o de convivencia, y en delito leve de amenazas o de coacciones, contemplando una agravación para el supuesto (siempre que las amenazas no lo sean con armas o instrumentos peligrosos) en que entre el autor y el sujeto pasivo mediara algún tipo de relación afectiva, de parentesco o convivencia contemplada en el art. 173.2 del C.P.

Bibliografía

Circular de la F.G.E. 4/05, de 18 de julio de 2005 relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Circular de la F.G.E. 6/11, de 2 de noviembre de 2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la Mujer.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, Actas XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional de Ciencias Penales, junio, 2011.

Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, Guía de criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 2008.

MUÑOZ COMPANY, M.J, Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación, Jurisprudencia y legislación reciente, (diariodelaley.es. La Ley 5179/2015). Recurso disponible en <https://porticolegal.expansion.com>.