



Revista

Real PENAL

MÉXICO

25

julio • diciembre • 2024

ISSN 2007-4700 • e-ISSN en trámite

• SEGUNDA ÉPOCA •

La expansión del delito de violencia de género a través del elemento subjetivo del injusto. La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con su aceptación

• Elena Núñez Castaño •

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-0612-5483

Resumen: La delimitación de la aplicación del art. 153.1 CP relativo a la denominada violencia de género, había girado no solo respecto del sexo de quienes fueran autores y víctimas, sino también en relación con la necesidad de la apreciación de un elemento o un plus de desvalor que permitiera restringir el recurso al mismo. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 677/2018, de 20 de diciembre, se produce una tendencia jurisprudencial basada en la eliminación de la necesidad de acreditar la existencia de un ánimo de dominación en el caso concreto respecto de los delitos del art. 153.1 CP; ello conlleva, de manera irremediable, una aplicación automática sobre la única base del elemento biológico y que implica la vulneración de los principios de igualdad, culpabilidad y presunción de inocencia, mediante la sustentación de una presunción contraria a reo. Aspectos, todos estos a los que se hará referencia en este

Abstract: The delimitation of the application of art. 153.1 PC relating to so-called Gender Violence, had revolved not only with regard to the sex of the perpetrators and victims, but also in relation to the need for the appreciation of an element or a plus of devalue that would allow restricting the recourse to it. However, since Supreme Court Sentence no. 677/2018, of 20 December, there has been a jurisprudential evolution based on the elimination of the requirement to prove the existence of the intention to dominate in the specific case with regard to the crimes of art. 153.1 PC; this irremediably leads to an automatic application based exclusively on the biological element and implies the violation of the principles of equality, culpability and presumption of innocence, by sustaining a presumption that is contrary to the reo. All of these aspects will be referred to in this paper, with the aim of offering parameters for interpreting the precept

trabajo, encaminado a ofrecer parámetros de interpretación del precepto que no lesionen los mencionados principios.

Palabras clave: violencia de género, elemento subjetivo del injusto, principio de culpabilidad, derechos fundamentales, presunción de inocencia, expansión del derecho penal.

that do not harm the aforementioned principles.

Key words: gender violence, subjective element of the crime, principle of culpability, fundamental rights, presumption of innocence, expansion of criminal law.

• Fecha de recepción

02-02-2024

• Fecha de aceptación

29-03-2024

Sumario:

1. Delimitación del problema: el camino expansivo de la violencia de género
2. La estructura del art. 153.1 CP: ¿existe un elemento subjetivo del injusto?
 - 2.1. El desarrollo del análisis del injusto en la jurisprudencia: el cambio desde la exigencia hasta la negación del elemento subjetivo
 - 2.2. La interpretación de la doctrina
3. La STS 677/2018, de 20 de diciembre: la eliminación de los elementos subjetivos y el automatismo del tipo penal
4. Conclusiones: ¿el elemento biológico como criterio delimitador del injusto típico?
5. Bibliografía

1. La delimitación del problema: el camino expansivo de la violencia de género

Casi dos décadas desde que se aprobara la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género su desarrollo y aplicación sigue dando lugar a problemas e innumerables cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo identificarse diversas posturas al respecto, desde quienes la niegan por entender (y quizás no sin razón) que la regulación que se deriva de la mencionada ley no hace referencia a la violencia de género sino a la *violencia doméstica o intrafamiliar*, pasando por quienes entienden (o entendemos) que se trata de un fenómeno mucho más complejo que no permite simplificaciones, pero tampoco debiera permitir expansiones injustificadas, hasta quien sostiene que todo tipo de violencia contra una mujer debe ser considerada violencia de género, independientemente de las circunstancias y hechos producidos en el caso concreto.

Esta LO 1/2004, a pesar de ser aprobada unánimemente, fue objeto de numerosas e importantes críticas por parte de la doc-

trina¹ en tanto que suponía la introducción de una distinta y discriminatoria regulación penológica² atendiendo al sexo/género de los

sujetos involucrados respecto de determinados tipos penales, y esencialmente respecto del entonces denominado “maltrato simple”, que posteriormente se pasó a conocer como “delito de violencia de género” del art. 153 CP a diferencia del delito de violencia habitual contenido en el art. 173.2 CP.

Tampoco puede obviarse que a pesar de la genérica referencia a la “violencia de género”

1 De forma genérica puede consultarse, ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delito de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005, págs. 11 a 54; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (Coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 13 a 34; BOLEA BARDON, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 9-2, 2007, págs. 1 a 26; FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006, págs. 72 a 94; la misma, “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 737 a 760; GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» a la «Violencia de género»: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 49 a 90; GARCÍA ARAN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (a propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU J. C.,

GONZÁLEZ CUSSAC J. L., ORTS BERENGUER E. y CUERDA ARNAU, M^a L., (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives P.*, “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 07-08, 2005, págs. 1 a 23; MAQUEDA ABREU, M^a L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, págs. 176 a 187; MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de maltrato ocasional del art. 153 del Código penal: la influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, en Núñez Castaño E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 117 a 158; la misma, “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho penal*, nº 3, 2005, págs. 1 a 54; RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de Género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, entre muchos otros.

2 De hecho, al respecto se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el mencionado precepto que fue resuelta por la STC 59/2008, de 14 de mayo en la cual se establecía la constitucionalidad del mismo sobre la base de considerar que la discriminación existente constituía un supuesto de discriminación positiva.

que se encuentra en la denominación de la ley, así como parcialmente en su exposición de motivos (violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer), en el art. 1.1 de la referida resolución se limita el círculo de sujetos involucrados quedando reducido el mismo a un contexto más “doméstico o familiar”, de modo que no cualquier hecho violento realizado por un hombre contra una mujer, podría calificarse como delito del art. 153 CP. Ello ha provocado un importante debate doctrinal en relación a cómo debería entenderse el fundamento político criminal de esta regulación, si haciéndose depender en exclusiva de un nexo relacional familiar o íntimo entre los sujetos involucrados, o si en realidad se estaba haciendo referencia a otro fenómeno diverso, aunque íntimamente relacionado, como sería el “ánimo de dominación, sometimiento, manifestación de desigualdad”.³ En relación con este aspecto es necesario señalar dos cuestiones a las que haremos referencia en el siguiente apartado relativo al análisis de los elementos que contiene el art. 153.1 CP: en primer lugar, que de la propia LO 1/2004, se deriva la constatación de la existencia de un especie de *elemento objetivo* en la regulación de estos tipos penales cual es que la *violencia se ejerza como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* que fundamentaría, desde esta perspectiva, la

distinta regulación típica; y, en segundo lugar, un *elemento subjetivo* que hace referencia a la exigencia de que en el caso concreto sea o no necesaria la concurrencia de una *especial motivación o ánimo discriminatorio, sexista o machista* en quien ejerce esa violencia.⁴

En relación con este último problema, señala BOLDOVA PASAMAR⁵ que en la mayoría de los supuestos, en los que la agresión se lleva a cabo de forma unidireccional (hombre-mujer pareja):

... en principio ha bastado la constatación de la previa existencia de una relación presente o pasada de pareja y que la conducta agresiva hubiera sido realizada por un hombre contra una mujer, sin entrar a considerar elementos de desequilibrio, dominación, discriminación o machismo.

Entre otras cosas porque el elemento objetivo de manifestación de la situación de desigualdad y dominio de forma genérica lo que hacía era sustentar la propia existencia del tipo penal,⁶ y el elemento subjetivo, motivacional o finalístico, no era suscitado por las partes de forma habitual. Sin embargo, es preciso señalar que en un importante número de supuestos en los que se alegó la necesi-

3 RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pág. 406 y ss.; MAGRO SERVET, V., “La carga de la prueba de dominación o machismo en la violencia de género”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 104, 2013, pág. 1.

4 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, en *InDret*, nº 3, 2020, pág. 180, quien distingue entre ambos elementos y analiza la posibilidad o no de exigirse ambos en relación con los supuestos de Violencia de Género.

5 BOLDOVA PASAMAR, M. A., *ibidem*.

6 Que, recordemos, fue declarado constitucional, sobre la base de la discriminación positiva, por la STC 59/2008, cit.

dad de dicho elemento, se ha entendido por la jurisprudencia que el art. 1 de la LO 1/2004 “define un elemento subjetivo en los delitos de violencia de género”.⁷ En esta misma línea FERNÁNDEZ TERUELO⁸ sostiene que la inmensa mayoría de estas violencias (él se refiere al feminicidio de parejas o exparejas):

... se producen en el contexto de un modelo de relación o esquema vital construido sobre el dominio y control absolutos del varón sobre la mujer (...) abusa de una relación de dominio sobre la que tiene construida su propia existencia.

Y esta concreta exigencia de la concurrencia de un elemento subjetivo motivacional era (y es) especialmente relevante en muchos de los supuestos de agresiones en el seno de una pareja, concretamente agresiones mutuas o bidireccionales respecto de los que, a diferencia de los restantes casos (unidireccionales), aunque pudiera constatarse la presencia (general) de una situación de desigualdad y dominio en la propia sociedad que sustentara la “legitimidad”

(cuestionable en mi opinión) de una distinción punitiva, lo que no podría afirmarse es la existencia del específico ánimo de dominación, sometimiento o machismo en el caso concreto. Es por ello que resultan numerosas las resoluciones judiciales, esencialmente de Audiencias Provinciales, que entendían que la potencial apreciación de la concurrencia de violencia de género en estos supuestos dependería de si en el caso concreto se aprecia una situación objetiva de desequilibrio o dominio del hombre o bien un concreto ánimo discriminatorio;⁹ tendencia que siguió el Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones,¹⁰ de manera que sería necesario acre-

7 *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, CGPJ, marzo 2016, págs. 210 y ss., citado por BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., págs. 180 y 181, nota a pie 11.

8 FERNÁNDEZ TERUELO, “La necesaria intervención en los procesos de ruptura de la relación de pareja en contextos de dominio, como instrumento de prevención de feminicidios”, en *Violencia de Género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Fernández Teruelo, J. G. y Fonseca Fortes-Hurtado R. H. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 239 y 240.

9 Vid. SAP de Valencia 437/2008, de 27 de noviembre, SAP de Castellón 253/2011, de 30 de mayo, SAP de Zaragoza 331/2017, de 20 de noviembre y 60/2018, de 9 de marzo, entre muchas otras, entendiendo todas ellas, que no basta con la mera presencia de una agresión material, sino que a ello hay que añadirle el plus que supone que responda a una situación de dominio, de abuso de superioridad de uno de los miembros de la pareja sobre el otro, en definitiva, a una situación de discriminación.

10 Así, la STS 1177/2009, de 24 de noviembre afirma en su Fundamento de Derecho Tercero, respecto de la doctrina que en relación con el tipo penal recogido en el art. 153 CP sostiene el TC 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 posi-

ditar tanto las circunstancias concurrentes en la conducta, como el ánimo o finalidad que impulsaba la actuación del sujeto. Con ello se eliminaba el automatismo a la hora de aplicar el tipo penal contenido en el art. 153.1 respecto de todos aquellos supuestos en los que se produjera una agresión respecto de un hombre hacia su pareja femenina, y se permitía una restricción del tipo penal que no lo encaminara hacia un mero derecho penal de autor en virtud del cual se sancionaba el comportamiento realizado exclusivamente sobre la base de condiciones físicas del sujeto activo/pasivo, en este caso, el sexo de cada uno de ellos.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo evolucionó en un sentido diverso al que se acaba de indicar, cuestionando la necesidad de un elemento subjetivo o motivacional en el caso concreto; y en caso de admitirlo, señalaba que la prueba del mismo, o mejor dicho de su ausencia, correspondería al presunto autor de los hechos. Una clara inversión de la carga de la prueba que pone en cuestión los principios y garantías básicas de un Estado de derecho y que culminó con la STS 677/2018, de 20 de diciembre, que ya no solo elimina la necesidad de probar el ánimo

de dominación o machismo del autor, sino que incluso, probada la ausencia de este, se aprecia la existencia de un delito de violencia de género por el mero hecho de producirse en el contexto de la pareja, en atención exclusivamente al contexto social general (que no particular) de pautas de asimetría, dominación y patriarcado. A partir de esa resolución desaparece todo límite o restricción que pudiera sostenerse en relación con la aplicación de la violencia de género, siendo aplicable de modo automático por el mero hecho de que la agresión se realice por el hombre contra la mujer que sea o haya sido su pareja. O dicho de otro modo, considera el TS que lo relevante es el elemento objetivo, esto es, el contexto sociológico de dominio y desigualdad, y no la existencia de ánimo o motivación alguno en el caso en concreto.

La expansión que se produce a partir de este momento en relación con los delitos de violencia de género resulta innegable, sin ningún tipo de recurso que permita diferenciar supuestos en atención a las circunstancias del caso concreto. Con ello, como afirma BOLDOVA PASAMAR,¹¹ “en este aspecto la mayor gravedad del hecho pudiera parecer que responde a una responsabilidad objetiva por el acto, pues se produce al margen de intenciones y de contextos objetivos relativos a la pareja en concreto”.¹² Consideración que po-

ción subordinada» (...), de manera que en su opinión, queda claro “que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP (...), sino 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 (...)”.

11 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183.

12 Incluso con anterioridad a esta radical interpretación judicial, esta configuración como responsabilidad objetiva ya había sido puesta de relieve por ACALE SÁNCHEZ, M., “La perspectiva de género en el Derecho Penal español”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva interna-*

dría conducirnos, como analizaremos, ante el hecho de que la distinción penológica que se recoge en el art. 153 CP se basaría exclusivamente en diferencias biológicas, esto es, en el sexo de los sujetos, lo cual nos estaría (y de hecho así ha sido) acercando peligrosamente a un derecho penal de autor.

2. La estructura del art. 153.1 CP: ¿existe un elemento subjetivo del injusto?

Ciertamente, cuando, tras la LO 1/2004, se reforma el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP, se produce un importante debate doctrinal respecto a su constitucionalidad al contener una diferente penalidad en virtud de quienes fueran los sujetos activos de cada una de las conductas de violencia que se produjeran en el marco de una relación de afectividad, y que determinó que la doctrina penal oscilara entre sostener su inconstitucionalidad,¹³ o bien, realizar una interpretación res-

trictiva del precepto que aportara un fundamento material al mismo, e impidiera que se aplicara de manera automática sin mayores consideraciones;¹⁴ fundamento que, de forma general, se centraba en la necesidad de constatar en los actos violentos llevados a cabo por el sujeto activo un especial ánimo de dominación y discriminación, que podía traducirse en una especie de elemento subjetivo del injusto que, si bien es cierto, no aparece contenido expresamente en el tipo penal, podía tácitamente derivarse tanto de la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, como del contenido de su art. 1. Esta ha sido la opción doctrinal y, hasta fechas recientes, la sostenida jurisprudencialmente.

Sin embargo, las serias dudas sobre la constitucionalidad del precepto determinaron que diversos juzgados planteraran cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el mismo, que dio lugar (junto a otras posteriores) a la STC 59/2008, de 14 de mayo

cional, Comares, Granada, 2010, pág. 26, y así, llega a afirmar esta autora que con la incorporación de las diversas figuras (se refería a los arts. 153, 171 y 172 CP) en las que “se dejaba señalado el sexo de los sujetos pasivos y activos” eliminando con ello la tendencia instaurada por el CP de 1995 de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones personales, “pocas dudas cabían a nuestros tribunales a la hora de aplicarlos, en la medida que no dejaban margen alguno para la interpretación judicial”, aunque señala los esfuerzos realizados para excluir los supuestos de agresiones mutuas, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “La interpretación judicial del derecho penal desde la holística del género”, *Jueces para la Democracia*, nº 82, 2018, pág. 29.

¹³ Por tratarse de una discriminación en virtud

de una circunstancia biológica de los sujetos intervinientes en el hecho (el sexo de cada uno de ellos).

¹⁴ FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales...”, cit., pág. 737 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de maltrato ocasional...”, cit., págs. 135 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de género”, en *La Ley*, núm. 5, 2004., págs. 4 a 6; GÁLÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» ...”, cit., págs. 78 y 79; ALASTUEY DOBÓN, M. C. y ESCUCHURI AISA, E., “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español”, *Revista de Derecho Penal*, nº 23, 2015, pág. 51.

mediante la que se decretó la constitucionalidad del precepto y de la asimetría punitiva que se contenía en el mismo basándose en que las agresiones del varón implican una mayor gravedad al responder a una *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* (FJ Noveno),¹⁵ desconectando ese elemento de la situación fáctica que se produzca u ocurra en el caso concreto,¹⁶ pero

sin que pudiera basarse la aplicación del tipo penal en la mera concurrencia de un elemento biológico.¹⁷

15 En la misma línea, sostiene en su Fundamento Jurídico Undécimo que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonadamente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente. No se trata de un 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 contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja (...) 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 generados de graves consecuencias, con lo que aumente la inseguridad, intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”.

16 Por ello afirma GÓMEZ RIVERO, C., “El «presunto» injusto de los delitos contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Vio-*

lencia de Género, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 108 que “en realidad, lo que hace la Sentencia es justificar la presunción *iusuris et de iure* que incorpora el art. 153.1 acerca de la especial necesidad de protección de la mujer sobre la base de otra presunción que también adopta como *iusuris et de iure*: la de una razonable constatación de la mayor gravedad de las conductas que realiza el varón sobre su pareja o expareja femenina sobre la base del significado social objetivo y de su singular lesividad para la seguridad, libertad y seguridad de las mujeres”.

17 Entiende el Tribunal Constitucional que la reducción de la diferencia que recoge el art. 153.1 CP a un elemento exclusivamente biológico resultaría inconstitucional en el caso de que fuera la única posible, pero señala que la descripción típica permite incluir en el círculo de sujetos activos no solo a personas de sexo masculino, sino también a las de sexo femenino. En mi opinión, aunque ciertamente, la descripción solo se refiere a “el que” y la afirmación del Tribunal Constitucional pudiera ser sostenible, lo cierto es que si el elemento básico fundamental que previamente ha sostenido en la resolución como fundamento de la constitucionalidad del precepto es la situación de dominio, desigualdad y discriminación de la mujer, por su condición de tal, resulta difícilmente imaginable que el legislador estuviese pensando en la posibilidad de un sujeto activo femenino y un sujeto pasivo femenino en cuya relación la violencia se produzca precisamente por el hecho de menospreciar la condición de mujer que ambas ostentan. Difícilmente imaginable, y dudosamente sostenible. Pero lo cierto es que la sentencia analizada

Precisamente este peligro, que ya se atisba en la mencionada resolución del Tribunal Constitucional de que el delito de violencia de género del art. 153.1 encontrará fundamento exclusivamente en el elemento biológico, determinó a la doctrina y a una gran parte de la jurisprudencia inicialmente a intentar encontrar un fundamento material que legitime y “explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos” a fin de evitar encontrarnos “ante un derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo”.¹⁸ Desde esta perspectiva, se trataron de diferenciar dos elementos básicos en el art. 153.1 CP: el primero de carácter objetivo, basado en la LO 1/2004, cual es que la *violencia se ejerza como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* que fundamentaría, desde esta perspectiva, la distinta regulación típica; y, en segundo lugar, un *elemento subjetivo* que haría referencia a la exigencia de que en el caso concreto sea o no necesaria la concurrencia de una *especial motivación o ánimo discriminatorio, sexista o machista* en quien ejerce esa violencia, a fin de eludir la reducción a una pura responsabilidad objetiva basada en el sexo del sujeto activo y en la existencia de una situación contextual de discriminación, desigualdad o dominio de los hombres sobre las mujeres.¹⁹

declaró constitucional el mencionado precepto, y se ha mantenido así su aplicación.

¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 6.

¹⁹ Ello permitió, por ejemplo, la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del art. 153.1

2.1. El desarrollo del análisis del injusto en la jurisprudencia: el cambio desde la exigencia hasta la negación del elemento subjetivo

Tal como hemos afirmado, se trata por tanto de analizar si el art. 153 CP exige para su aplicación la identificación de un elemento subjetivo del injusto que sea aplicable a la conducta realizada por el sujeto (o al menos la existencia de un *plus de desvalor*) y que permita restringir la posibilidad de aplicación del mismo en aras de evitar una aplicación absolutamente desmesurada y basada, como se verá, en un elemento exclusivamente biologicista atendiendo al sexo de quien lleva a cabo la conducta y de quien es la víctima de la misma.

En relación con la necesidad de apreciación o no de un elemento subjetivo o tendencial, en el art. 153.1 CP la jurisprudencia ha sido oscilante, poco uniforme, y ha evolucionado hacia planteamientos absolutamente normativistas en las resoluciones del Tribunal Supremo.²⁰ Desde esta perspectiva,

los casos de agresión mutua entre los sujetos de la pareja, en tanto, independientemente de que el contexto social de discriminación o dominio (elemento objetivo) y el sexo de los intervinientes podía constatarse y persistía, lo que no concurría era el ánimo de dominio o discriminación en el caso concreto en tanto que la violencia era de carácter bidireccional y existía una situación de igualdad.

²⁰ Tampoco se ha mantenido un criterio uniforme en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, y así, son numerosas las que exigen la presencia de ese elemento subjetivo de dominación específico, como las SSAP de Castellón de 1 de febrero, 17 de julio y 9 de noviembre de 2010, SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2008, SSAP de Murcia de 24 de

pueden identificarse claramente tres etapas en su evolución respecto del tratamiento del tipo penal contenido en el art. 153.1 CP en relación con la exigencia o no de un elemento subjetivo del injusto: la exigencia de un ánimo de dominación o subyugación, la exigencia de un elemento contextual objetivo, y la negación de ambos elementos como requisitos necesarios para la aplicación del art. 153.1 CP. Nos centraremos en este epígrafe en los dos primeros hitos que hemos señalado.

2.1.1. El ánimo de dominación o subyugación como elemento subjetivo del injusto del art. 153.1 CP

La propia ambigüedad de la STC 59/2008, que contó con varios votos particulares, ha dado lugar a diversas interpretaciones de la misma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La primera de dichas opciones, entendiéndola conjuntamente con lo establecido en la LO 1/2004, fue la de exigir la existencia de un elemento adicional, claramente en los supuestos de agresiones mutuas (o violencia bidireccional), aunque también en relación con casos de violencia unidireccional del hombre

hacia la mujer. Así, la STS 58/2008, de 25 de enero, en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que:

... ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género.

Más clara a este respecto resulta la argumentación sostenida por la STS 654/2009, de 8 de junio, en su Fundamento de Derecho Segundo, en el cual, partiendo de que en virtud del Código Civil las normas tienen una interpretación teleológica²¹ y que, en el ámbito penal, este criterio interpretativo constituye uno de los aceptados comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia, a lo cual une lo establecido en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, considera necesaria la acreditación de elemento de dominación,²² que constituiría el *plus de desvalor* diferente al mero acto de violencia de hombre hacia

enero de 2014 y de 25 de mayo de 2015, SAP de Barcelona de 9 de julio de 2009, SAP de Zamora de 30 de noviembre de 2011, SAP de León de 16 de julio de 2012, y, obviamente, la SAP de Zaragoza de 9 de marzo de 2018. Igualmente, existen resoluciones en sentido contrario, esto es, la negación de la necesidad de un elemento subjetivo específico, como las SSAP de Madrid de 30 de mayo de 2009, 19 de mayo y 17 de junio de 2010, las SSAP de Alicante de 21 de enero y de 11 de noviembre de 2011, entre otras.

²¹ En concreto afirma que “para pronunciarnos sobre la cuestión planteada en este motivo, hemos de tener en cuenta que, conforme se establece en el art. 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»”.

²² Entendiendo que las agresiones mutuas “no parecen responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró”, se refiere al tipo penal del art. 153.1 CP.

mujer y que radicaría en la presencia de un ánimo de dominación o subyugación.

Es el mismo planteamiento de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, al analizar un caso de agresiones mutuas en una pareja, que sostiene en su Fundamento de Derecho Tercero que la reforma realizada por el legislador de la regulación del art. 153.1 CP tiene como fundamento el mayor desvalor que la violencia de género representa para la igualdad, libertad, dignidad y seguridad de las mujeres, “porque su 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”.²³ Desde esta perspectiva exige que el sujeto activo realice su comportamiento consciente de que tiene conexión directa con la situación de dominación y subyugación de la mujer, y, por tanto, no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP, exigiéndose *ex art. 1.1. LO 1/2004* que “sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...”,²⁴ so pena de quebrantar el

principio de culpabilidad, el de igualdad y la presunción de inocencia.; y, por tanto, será el Tribunal sentenciador quien, en el caso concreto, y a la vista de las pruebas practicadas, determine la concurrencia o no de un delito del art. 153.1 CP. Con ello se evitaría recurrir al automatismo, porque:

... podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 CP, por **resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger** (la negrita es mía).

²³ Afirmación que sostiene alegando la STC 45/2009, de 19 de febrero.

²⁴ De este modo entiende que resulta exigible la presencia de un elemento que no se encuentra especificado en el tipo penal, pero que permite dotar de legitimidad al concreto precepto; y ello, porque, siguiendo con la argumentación de la resolución señalada, aunque estadísticamente pueda entenderse que el ánimo de dominación es la realidad más frecuente “ello no implica excluir toda excep-

ción, 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”. Por esta razón, afirma que “la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el *animus* que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que —debe repetirse una vez más, la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo”.

Resulta, así, ineludible que en el caso concreto que se analice se determine la concurrencia del reiteradamente mencionado ánimo de dominación.²⁵

2.1.2. Acreditación del elemento contextual objetivo con inversión de la carga de la prueba

La exigencia de constatación de la presencia de un ánimo específico de dominación en la actuación violenta del hombre respecto de su pareja mujer ya empezó a ponerse en cuestión con el Voto Particular a la STS 1177/2009, que sostuvo que la existencia en abstracto del elemento contextual objetivo de discriminación y dominación resultaría suficiente para la apreciación del delito del art. 153.1 CP, si bien, este podría ser desvirtuado por el sujeto activo del delito. Este es el planteamiento que se sostiene en el ATS de 31 de julio de 2013, en el cual se parte de una posición de exigencia de la concurrencia de un ánimo de dominación, para terminar afirmando que en realidad este se presume desde el propio contexto social existente, pero que cabe prueba en contrario por parte del sujeto activo de que, en el concreto caso, ese ánimo no concurrió.

Efectivamente, en su Fundamento Jurídico Quinto sostiene el auto que, de manera reiterada, tanto jurisprudencial (TS y TC)

como doctrinalmente, se ha entendido que en los supuestos de violencia de género:

... no bastaría la situación objetiva— varón contra cónyuge o persona asimilada. Haría falta algo más que se infiere de una interpretación teleológica del precepto (...) sería necesario que el episodio concreto de lesiones o maltrato físico obedezca a un marco sociológico de dominación de la mujer por el hombre, es decir, que refleje la intención, explícita o larvada, consciente o subliminal, de establecer un predominio del varón sobre la mujer.

Entendiendo que a ello no responde el mutuo acometimiento. Pero en el Fundamento Jurídico Sexto señala que la necesidad de que la agresión se enmarque en un contexto cultural de predominio del varón sobre la mujer:

...no significa que sea necesario elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. **La presunción juega en sentido contrario.** Sólo si consta o hay evidencias de que en 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 (la negrita es mía).

De modo que no se trata de una presunción *iuris et de iure* sino que puede ser desvirtuada por el sujeto activo probando que su conducta violenta se encuentra totalmente desvinculada del contexto social y cultural señalado, esto es “inversión de la carga de la prueba”.²⁶

²⁵ Sin embargo, esta STS 1177/2009, presenta un Voto Particular del Magistrado Sánchez Melgar en el que entiende que la valoración de la existencia de desigualdad o relación de dominación ya ha sido realizada en abstracto por el legislador al regular el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP y no se exige expresamente la presencia de un elemento del injusto.

²⁶ En esta misma línea, la STS 856/2014 (Sección

En realidad de lo que se trata es de evitar la clara inconstitucionalidad que se derivaría de una interpretación literal de la letra de la ley, reconociendo la existencia de un plus de desvalor en estos comportamientos violentos

Primera), de 26 de diciembre, argumenta en su Fundamento de Derecho Cuarto que esa introducción en el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP de la exigencia de que la violencia contra su pareja mujer constituya una manifestación de discriminación, desigualdad o dominación de los hombres sobre las mujeres, “no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto (...) No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente “machista” hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos ni intencionalidades.”, de manera que considera que “no hace falta un móvil específico de subyugación o dominación masculina. Basta constatar la vinculación de comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales (...) Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría... la agravación estará legal y constitucionalmente justificada”, y, de igual modo, solo en el caso en el que se pruebe, por parte del sujeto activo, la inexistencia de esa conexión entre el contexto social y cultural de dominación y discriminación, y su concreta actuación, podrá excluirse la aplicación del art. 153.1 CP porque, continua afirmando “en general se puede estar conforme en entender que a raíz de tal pronunciamiento no serán sancionables por la vía del art. 153.1º episodios desvinculados de esas pautas culturales de desigualdad que se quieren combatir (por buscar un ejemplo claro e indiscutible: agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes)”.

del hombre hacia quien es o ha sido su pareja (mujer) que, a diferencia de la anterior línea jurisprudencial, no radica en la constatación en el caso concreto de la existencia de un ánimo de dominación, sino en la identificación de una conexión, aunque semiinconsciente, entre la actuación violenta del sujeto activo y el contexto sociocultural de dominación y discriminación,²⁷ entendiéndose este como una especie de presunción (*iuris tantum*, eso sí), que podrá ser desvirtuada por el autor de los hechos. La presunción de inocencia pasa, en este caso, a ser obviada por la interpretación jurisprudencial.

2.2. La interpretación de la doctrina

En relación con la concurrencia de los elementos señalados, la doctrina ha optado por dos posturas diferenciadas: por entender que no era posible la exigencia de este último en tanto que no se encontraba de forma expresa en la regulación típica del precepto (aspecto que claramente es innegable), pero que tampoco podía ni debía deducirse del mismo,²⁸ frente a

²⁷ En el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 182.

²⁸ Así, SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica), en *La Ley* 5141/2013, pág. 3; DE LA FUENTE HONRUBIA, F. y PUENTE SEGURA, L., *Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*, CEF, Madrid, 2019, pág. 83; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al*

quienes, aceptando la evidencia de que el art. 153.1 CP no contiene ningún elemento subjetivo expreso diferenciado del dolo, consideran, sin embargo, la necesidad de buscar un *plus* que permita eliminar el automatismo que por la mera existencia del que hemos denominado aspecto o elemento objetivo (el contexto social de dominación y discriminación hacia la mujer) determine la aplicación del art. 153.1 en cualquier tipo de agresión realizada por un hombre a su mujer pareja o expareja.²⁹ Como se expondrá, nos adherimos a esta última postura que consideramos mucho más respetuosa con el principio de culpabilidad y la interdicción de la responsabilidad

objetiva, entendiendo que resulta preciso atender a cada caso concreto y a la concurrencia de ese ánimo, móvil o finalidad de dominación en la actuación del sujeto (masculino) para que pueda afirmarse que nos encontramos ante un supuesto de Violencia de Género.

Señala SANCHEZ YLLERA diversas razones por las cuales rechaza la interpretación que exige la constatación de un específico elemento motivacional en el caso concreto, afirmando que se basa en “premisas falsas”, porque contradicen la evolución del precepto, no encuentra apoyo constitucional ni legal y ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional,³⁰ sosteniendo que:

... los partidarios de esta interpretación de la ley o bien no utilizan o bien desconocen la perspectiva de género (que implícitamente rechazan) por lo que restringen y limitan los casos en los que la ley es aplicable dejando a un lado la voluntad expresa legislativa (...)³¹

Como ya señalé, me encuentro en el sector de la doctrina que según el autor mencionado partimos de premisas falsas. El problema, ahora sí en mi opinión, es que quizás su argumentación parta de parámetros que no se corresponden con los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho. Me

Profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2006, pág. 25; GÓNZALEZ RUS, J.L., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006, pág. 497.

29 RAMÓN RIBAS, E. “Los delitos de violencia de género...”, cit., págs. 429 y ss.; RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019, págs. 16 y 17; MAQUEDA ABREU, M^a. L. “La violencia contra las mujeres”, cit., pág. 4; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “El «nuevo» elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTs de 8 de junio y 24 de noviembre de 2009”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 72, 2010., págs. 3 y 4; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 7.

30 SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación...”, cit., págs. 11 y 12.

31 SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación...”, cit., pág. 3, sosteniendo que “para quienes defienden esta tesis, la dominación masculina no es un *prius*, un dato de la realidad, un hecho socialmente constatable, intergrupar, sino un objetivo singular de cada hombre en cada caso concreto y en cada contexto singular”.

explico. Obviamente, y ello ya se ha reconocido expresamente por la doctrina, el art. 153.1 CP no contiene una expresa motivación o ánimo que pueda identificarse como elemento subjetivo independiente del dolo, pero tampoco lo contienen de forma expresa otros muchos tipos penales a lo largo del Código penal, y existe acuerdo unánime de que tácitamente se encuentra presente, bien por interpretación sistemática, bien teleológica;³² es decir, la necesidad de la constatación de una especial motivación o ánimo que legitime la intervención penal no depende, en absoluto, de la regulación expresa de la misma en el texto penal, pudiendo deducirse tácita-

mente la necesidad de su concurrencia. Junto a ello, considero que confunde, como ya se ha expuesto, el aspecto objetivo de la presunta legitimidad de la distinta penalidad que se hace radicar en la existencia de un contexto social de dominación masculina y de discriminación,³³ lo cual resulta innegable, aunque, en mi opinión, también cuestionable, con la posibilidad de afirmar, en el caso concreto, que la violencia efectuada responda precisamente a ese contexto. Y para quienes sostenemos la necesidad de la constatación de este último elemento, la razón no se encuentra en que “implícitamente rechazamos” la perspectiva de género, sino que “expresamente” sostenemos la vigencia del principio de culpabilidad y la necesidad de constatar que la conducta llevada a cabo responde a los parámetros del mismo y no a una mera manifestación de responsabilidad objetiva por llevar a cabo un comportamiento en un determinado contexto, aunque la conducta realizada se encuentre totalmente desconectada del contexto en cuestión.³⁴

³² Por ejemplo, el delito de injurias del art. 208 CP, que sin establecerlo exige la necesidad del *animus iniuriandi*, a fin de dejar al margen de la intervención penal conductas que, pudiendo ser ofensivas, no conllevan tal intención; o el delito de apropiación indebida recogido en el art. 253 CP, que tampoco hace referencia expresa al *ánimo de lucro*, etc. De hecho, señala BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 216, que “la eliminación de toda referencia subjetiva en los tipos de género contrasta con la recomendación del Pacto (se refiere al Pacto de Estado en materia de Violencia de Género que comenzó su elaboración en 2016 y se finalizó el 13 de mayo de 2019) de aplicar la circunstancia cuarta del art. 22 del Código penal «en todos los casos en el que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos agresiones y abuso sexual». Tanto en éstos como en todos los delitos en los que se proponga la circunstancia de razones de género es difícil prescindir de la motivación como elemento que sustenta la agravación”.

³³ Señalaba FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción...”, cit., pág. 90, que el fundamento de la diferencia penológica establecida por el art. 153.1 CP radicaba “en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política”. En resumen, el fundamento o aspecto objetivo de la específica tipificación radica, como reiteradamente se ha expuesto, en el contexto social de dominación y desvalimiento.

³⁴ Señalan a este respecto de forma categórica BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MAR-

Efectivamente, al menos desde mi punto de vista, hacer radicar la sanción de una agresión de un sujeto masculino a su pareja o expareja femenina, exclusivamente en la existencia de un contexto social determinado e innegable de dominio y discriminación, sin que se proceda a realizar una conexión del caso concreto con el mismo, e incluso, como veremos a pesar de demostrarse que en modo alguno la violencia es manifestación de dicha situación social (como pudiera ser el caso de agresiones mutuas) no solo conlleva una presunción contraria al reo,³⁵ por el hecho de ser hombre,

sino que vulneraría por completo el principio de culpabilidad. Que exista el contexto social y que la inmensa mayoría de las violencias (generalmente unidireccionales) realizadas por un hombre hacia una mujer (pareja o expareja) respondan tanto al elemento objetivo, como a la motivación concreta de dominio y motivación, no implica que ello sea lo que ocurra en la totalidad de los casos, y una aplicación automática del precepto, presume justamente esto último, sin atender a la culpabilidad del sujeto en el hecho concreto.³⁶

Es, por todo ello, que un amplio sector doctrinal con el que, como he indicado con acuerdo completamente, ha sostenido que la

TÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 7 basándose para ello en la propia LO 1/2004, art. 1.1., que “en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad de la culpabilidad, puestos que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del «sexo femenino», con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad”, afirmando RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación...”, cit., pág. 17, que “esta motivación que impulsa al autor a cometer el hecho delictivo fundamenta una mayor reprochabilidad en la adopción de la resolución contraria a las exigencias del Derecho, en cuya medida también influye la índole de los motivos”.

35 Presunciones que, como señala GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 426 y ss., no son admisibles ni cuando son *iuris et de iure* ni cuando son *iuris tantum* admitiendo prueba en contra, por cuanto en estos supuestos se produciría una ilegítima inversión de la carga de la prueba y desde esta perspec-

tiva se convertirían en prohibidas por la propia presunción de inocencia.

36 GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» ...”, cit., pág. 69, afirmando que “no es cierto que toda mujer, por el hecho de serlo y en todo caso, se encuentre en una situación social de especial vulnerabilidad que la convierta en una víctima particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de sus parejas masculinas, como tampoco lo es, que todo hombre esté condicionado socialmente a utilizar la violencia contra la mujer para conseguir su obediencia y sumisión”, ult. ob. cit., p. 78; BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal...”, cit., pág. 23; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas consideraciones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, en *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 36, quien llega a sostener que “el legislador no ha sido capaz de construir un elemento del tipo —objetivo o subjetivo— que exprese la perspectiva de género de manera admisible en Derecho penal”, cit., pág. 17.

única forma legítima de interpretar el art. 153.1 CP, a fin de que no constituya un mero supuesto de responsabilidad objetiva y de vulneración del principio de culpabilidad, pasa por la constatación de la presencia de un concreto elemento motivacional o tendencial que determine que la actuación del sujeto activo responde a los móviles de humillación, menosprecio, subyugación y discriminación respecto de la víctima a consecuencia de su condición de mujer, sin que resulte suficiente la mera agresión o lesión física.³⁷ Ello,

37 Argumentos que como se ha ido señalando son diversos: en primer lugar, que es la tesis que se deriva de la propia LO 1/2004, tanto de su Exposición de Motivos donde se hace referencia a que las agresiones sitúen a la mujer en una posición de subordinación al hombre, como de su art. 1.1. que define el objeto de la ley en la actuación contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; ambas regulaciones implican, en mi opinión, la necesidad de una interpretación teleológica que determina que sea precisa la constatación del ánimo de dominación mencionado; en segundo lugar, por el propio Dictamen del Consejo de Estado de 24 de junio de 2004 y el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2004 sobre el Anteproyecto de la mencionada Ley consideraban (críticamente, eso sí) que se trataba de una definición de índole finalística que obligaba a la interpretación de las intenciones del sujeto; en tercer lugar porque la presencia de ese ánimo o tendencia es lo que podría justificar (aunque cuestionablemente) el mayor desvalor de la conducta regulada en el art. 153.1 CP, pero sobre todo, permitiría eludir su aplicación automática basándose exclusivamente en el sexo de los sujetos intervinientes y en la relación exis-

permitiría, al menos dejar al margen de la aplicación de este concreto tipo penal situaciones, no frecuentes pero sí existentes, de agresiones mutuas entre los miembros de una pareja, en las que en modo alguno puede constatarse la presencia de un ánimo de subyugación o discriminación, con la consiguiente vulneración de los principios de culpabilidad, igualdad y de proporcionalidad que ello conlleva³⁸ y evitaría que se tuviera que interpretar que todo acto violento de un hombre sobre su pareja o expareja mujer, sea automáticamente considerado un supuesto de violencia de género.

Como señala BOLDOVA PASAMAR,³⁹ la existencia o no de un elemento intencional o finalístico y la consecuente aplicación de los tipos penales de violencia de género, y en concreto del art. 153.1 CP, no ha planteado un problema en la práctica en aquellos casos en los que la violencia es de carácter unidireccional (aunque en mi opinión también resulta altamente cuestionable su aplicación en estos casos), resultando suficiente que se constatará “la previa existencia de un relación presente o pasada de pareja y que la conducta agresiva hubiera sido realizada por un hombre contra una mujer, sin entrar a considerar elementos de desequilibrio, dominación, discriminación o machismo”; y con ello, considero, se está desvirtuando la verdadera

tente entre ellos; en cuarto lugar, porque es la interpretación que hasta épocas relativamente recientes se ha sostenido por el Tribunal Supremo, e incluso se desprende de la STC 59/2998, de 14 de mayo.

38 Incluso, a pesar de la posibilidad de aplicar el tipo privilegiado del art. 153.4 CP.

39 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 180.

ratio legis de este tipo de regulación que se encontraba precisamente en la existencia de ese ánimo o tendencia como se ha expuesto, basándose, entre otros argumentos que ya hemos señalado, en las dificultades probatorias que ello implicaría.⁴⁰

Ahora bien, esa regla general que podía derivarse de las violencias unidireccionales resulta difícilmente sostenible en aquellas de carácter bidireccional, concretamente en el caso de peleas o agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, en tanto que se encuentran en situación de igualdad, y solo cuando pueda demostrarse una situación objetiva de desequilibrio o una posición de dominio del hombre, podría aplicarse el correspondiente delito contenido en el art. 153.1 CP. Y ello porque “el mutuo acometimiento en igualdad de condiciones y con resultados similares sería señal de que no se produce la situación de desigualdad o desequilibrio que son el contexto propio de las denominadas conductas «machistas»”.⁴¹

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, ABEL SOUTO, M., BRANGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G., (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 215, entiende que esas dificultades probatorias en modo alguno “tendrían que servir como excusa para renunciar a la prueba y, en consecuencia, a la evidencia de que con este acto se reproduce «sin la menor duda» una pauta patriarcal o machista”.

⁴¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 181.

3. La STS 677/2018: la eliminación de los elementos y el automatismo del tipo penal

En esta situación que hemos descrito respecto de la evolución jurisprudencial, la SAP de Zaragoza (Sección Primera) n° 60/2018, de 19 de marzo, en relación con un supuesto de agresión mutua en una pareja, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal n° 8 de Zaragoza en la que se absolvía del delito del art. 153.1 CP,⁴² ratificando la mencionada absolución.⁴³ Así, sostenía la Audiencia

⁴² Según los Hechos Probados de la Sentencia de la Audiencia, una pareja que se encontraba a la puerta de una discoteca comenzaron una discusión por no ponerse de acuerdo en relación con el momento en el que debían marcharse a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que ella le dio a él un puñetazo en el rostro, él le dio un tortazo en la cara con la mano abierta, y ella le propinó una patada, sin que consten lesiones en ninguno, ni se interpusiera denuncia por ninguno de ellos. El Juzgado de lo Penal n° 8 de Zaragoza en su Sentencia de 19 de diciembre de 2017, absolvió a ambos de los delitos de maltrato de los arts. 153.1 y 2 CP, sin que se pudiera proceder por los arts. 147.2 y 3 CP en tanto que resultaría precisa la denuncia previa de las víctimas.

⁴³ Existe un Voto Particular de la Magistrada De Pedro Bonet, entendiendo que debe condenarse por los mencionados delitos respectivamente, por considerar que el tipo penal no contiene ningún elemento subjetivo del injusto como la intención de dominio o humillación, y que en relación con la situación de dominio la presunción juega en sentido contrario, es decir, el autor es quien tiene que demostrar que su comportamiento es ajeno a

Provincial, muy correctamente en mi opinión, que:

... las manifestaciones de desigualdad, discriminación o ejercicio de poder del hombre sobre la mujer quedan integradas dentro de los tipos delictivos de la violencia sobre el

la concepción machista (como hemos visto, el planteamiento que en ese momento se sostenía por la jurisprudencia del Tribunal Supremo), de manera que considera que una agresión en el marco contextual de una relación afectiva *per se* y sin necesidad de prueba está vinculada con la violencia de género. Así, entiende en el caso concreto que “la actuación del acusado debe encuadrarse en el artículo 153.1 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, como conducta tipificable en el artículo 153.2 del Código Penal, pero no excluye la aplicación del artículo 153.1 respecto del acusado; además, en este caso, se aprecia en su acción un deseo de venganza por la agresión recibida y de someter a la mujer a su voluntad mediante el ejercicio de la violencia física. Por tanto, se estima la agresión del acusado se encuadra dentro de la violencia de género, sin que haya motivo para excluirla y estimar que estamos ante un delito leve de maltrato, en este caso impune por falta de denuncia de la mujer”. Como reiteradamente he señalado, la argumentación es altamente cuestionable, no solo por vulneración de los principios de culpabilidad e igualdad, sino por la lesión del principio de presunción de inocencia.

género. Pero en los hechos que no traigan su causa precisamente de esa específica relación de prevalimiento por parte del hombre, la tutela especial de esta ley no sería aplicable. Refiriéndonos al delito del art. 153 CP, no basta la mera presencia de una agresión material, sino que a ello hay que añadirle el plus que supone que responda a una situación de dominio, de abuso de superioridad de uno de los cónyuges, en definitiva, que responda a una situación de discriminación. Se descarte aplicar el art. 153 del Código Penal cuando se trata de supuestos de agresión mutua, que no 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 dos personalidades encontradas.

Se retorna con ello, a la necesidad del ánimo de dominación o subyugación que se exigía en la primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo respecto de la violencia bidireccional o agresiones mutuas en las que no concurre la desigualdad o desequilibrio entre ambos sujetos.

Contra dicha resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza interpuso recurso el Ministerio Fiscal, dando lugar a la altamente cuestionable STS 677/2018 (Pleno), de 20 de diciembre, que casa la Sentencia de la Audiencia Provincial y condena por un delito de violencia de género del art. 153.1 CP, afirmando en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3 que no puede construirse un elemento subjetivo donde no existe, ni siquiera “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, desde este planteamiento, sostiene basándose en resoluciones previas, que cabría aplicar el precepto aunque

el autor de la violencia no sea consciente del contexto en el que se produce o incluso 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 igual a igual”, por ello considera que la tipicidad y subsunción jurídica de la agresión recíproca “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 (FD Cuarto, apartado 4)”. En definitiva, entre sus conclusiones contenidas en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 5, mantiene que no es posible exigir un ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar, y que basta con determinar la existencia de una violencia o agresión de hombre a su pareja o expareja mujer para afirmar la tipicidad del hecho como delito del art. 153.1 CP, entendiendo que:

... 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 respuesta.

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un giro radical desde sus inicios, optando por aplicar de manera automática el tipo penal del art. 153.1 CP siempre que concurren los elementos de relación de pareja, sujeto activo masculino y violencia (uni o bidireccional); es decir, ya no solo no hay necesidad de probar el *ánimo de dominación o machismo* en la concreta conducta llevada a cabo por el hombre, sino que tampoco es preciso apreciar en el caso concreto que la violencia ejercida guarde conexión o relación con “los denostados cánones de asimetría o con las pautas socioculturales del patriarca-

do”,⁴⁴ ni siquiera en los casos de agresiones mutuas.⁴⁵

Desde esta perspectiva, afirma rotundamente la resolución analizada que

... 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 (FD Tercero, apartado 4).

En definitiva, resultaría suficiente el ejercicio de violencia en una determinada relación por cuanto se inscribe en el contexto o trasfondo sociológico y cultural que el legislador pretendió erradicar, independien-

44 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183

45 Afirma la STS 677/2018, cit., en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado tercero que con este requisito se estaría “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 sólo, 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”.

temente de que en el caso concreto, como es el analizado en los autos, ni exista situación de dominación, ni el autor comparta esas pautas culturales, ni que se establezca que la relación entre ambos miembros de la pareja está regida por parámetros de igualdad (FD Tercero, apartado 2, punto 2).

Esta interpretación, como se ha dicho de manera reiterada, tiene claras connotaciones de responsabilidad objetiva,⁴⁶ en tanto que existiendo el contexto sociológico y cultural y habiéndose producido una violencia del tipo que sea, incluso en agresión mutua iniciada por la mujer, en el seno de una relación de pareja, debe aplicarse de manera automática el delito analizado. Nos encontramos, por tanto, ante un automatismo difícilmente compatible con los principios y postulados de un Estado de derecho, al configurarse aparentemente como una presunción legal irrefragable por cuanto se sustenta en un innegable contexto social y cultural existente.⁴⁷

Justamente, por ello, la propia sentencia, intentando eludir esta situación de responsabilidad objetiva, admite que no se trata de una presunción *iuris et de iure* (FD Tercero, apartado 5, punto 11), pudiendo alegarse la excepción de aplicación automática del art. 153.1 CP cuando el acusado pueda probar que en la comisión del hecho no concurre ese elemento intencional,⁴⁸ o lo que es lo mismo, pretende evitar caer en un supuesto de responsabilidad objetiva, recurriendo a una presunción que determina la inversión de la carga de la prueba y la consecuente vulneración, en mi opinión, del derecho a la presunción de inocencia.

Lógicamente, contra esta resolución se formulan numerosos votos particulares,⁴⁹ que, entre otros aspectos, parten justamente

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Interpretación judicial del Derecho penal...”, cit., pág. 29; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183.

⁴⁷ Se trata de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad, en los que la tarea del órgano judicial de constatación del peligro se sustituye automáticamente, cuando se trata de lo que se denominan “bienes jurídicos de confianza”, cfr. HEFENDEHL, R., “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O que ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (Coord.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 470, citado por ACALE SÁNCHEZ, M., “Interpretación judicial del Derecho Penal...”, cit., pág. 27, quien critica

esta teoría y el planteamiento de estas presunciones, sobre la base de que, entre otras razones, difícilmente superarían las exigencias de los principios de ofensividad y lesividad, cfr. ult. ob. cit., *ibidem*.

⁴⁸ Así, señala la STS 677/2018, cit., en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 1, aludiendo a la STC 22 de julio de 2010 que no resulta “preciso «probar» por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo (queremos entender que se refiere al activo) existió un «animus» propio y específico (...), 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 o circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad”.

⁴⁹ Concretamente formulado por el Magistrado COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, al que se adhieren los Magistrados BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, JORGE BARREIRO y LAMELA DÍAZ.

del punto que acabamos de exponer. Es decir, si se admite por el Tribunal la posibilidad de desvirtuar por parte del sujeto activo que la conducta realizada encuentra conexión con el contexto sociocultural de dominación y ello determinaría la inaplicación del precepto, implica que el elemento intencional de dominación constituye un elemento del tipo que es necesario tener en cuenta a la hora de calificar el comportamiento como constitutivo de un delito del art. 153.1 CP. De hecho, en el mencionado Voto Particular en su apartado 4 se afirma, muy acertadamente en mi opinión, que la justificación general que afecta a la legitimidad del precepto, cual es el contexto social de discriminación, dominación y desigualdad, “no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto (...) no puede presumirse en contra del acusado, sólo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuentra en esa pauta cultural”;⁵⁰ prohibición de presunción que debe sostenerse tanto cuando no quepa prueba en contra, como cuando se traslada la carga de la prueba al acusado, dado que la carga probatoria corresponde a la acusación, so pena

de lesionar el derecho a la presunción de inocencia. La existencia de esa pauta, cultural o contexto de dominación en el que se ejecuta la violencia del sujeto activo debe ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra de reo; y la eliminación de dicho elemento intencional, descartaría el plus de desvalor que “justificaría” (aunque ello resulta también cuestionable en mi opinión) la distinta penalidad de los preceptos.

Sin embargo, al margen de lo sostenido por el Voto Particular, la realidad es que el automatismo de la aplicación de este precepto se ha mantenido en diversas resoluciones posteriores⁵¹ a la ya mencionada STS 677/2018, de modo que, en mi opinión, nos encontraremos ante una situación, en la que la asimetría en la pena se basaría exclusivamente en razones y diferencias biológicas (el sexo de los sujetos intervinientes) y no en la existencia de determinadas pautas culturales o sociales, lo que, al menos desde mi punto de vista, resulta absolutamente inaceptable en un Estado de derecho.

4. Conclusiones: ¿El elemento biológico como criterio delimitador del injusto típico?

Como se ha expuesto, la inicial “legitimación” de la diferente regulación penológica de la violencia llevada a cabo en el seno de

⁵⁰ Así, señala que “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 (art. 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”.

⁵¹ Así, las STS 600/2021 (Sección Primera), de 7 de julio, y las SSAP de Madrid 757/2019 (Sección 27), de 29 de noviembre, 129/2021 (Sección 26) de 10 de marzo, SAP de Huesca 135/2020 (Sección 1^o), de 21 de diciembre, SAP de Pontevedra 105/2019 (Sección 4^a), de 20 de mayo, entre otras.

una relación de pareja, radicaba en la existencia de un ánimo de dominación inserto en un contexto sociocultural de desigualdad, subyugación y discriminación respecto de las mujeres al que se hacía referencia en la LO 1/2004. Sin embargo, paulatinamente la referencia a ese elemento concreto se ha ido desdibujando hasta desaparecer por completo tras la STS 677/2018, y demás resoluciones posteriores, de modo que, esencialmente el único referente válido que queda para la diferenciación de las violencias llevadas a cabo en el seno de una pareja, incluso en el caso de agresiones mutuas, donde podría resultar mucho más evidente la situación de igualdad entre ambos miembros de la misma, radica en el elemento biológico, esto es, en el sexo de quien ejerce la concreta violencia.

Aunque sea de manera breve, por razones de espacio, considero necesario realizar algunas consideraciones al respecto. Se sostiene por la jurisprudencia, y algún sector de la doctrina que el diferente tratamiento que conlleva el art. 153.1 CP radica en que la gravedad de un acto de maltrato masculino es siempre objetivamente superior tanto al acto de maltrato que pudiera realizar una mujer, como a aquel que se produce fuera del seno de la pareja.⁵² Si ello es así, como señala BOLDOVA PASAMAR:⁵³

... carece de sentido permitir excepción alguna y menos una basada en la ausencia de un determinado elemento subjetivo del

autor, aunque tampoco la derivada de un contexto de dominación en el caso concreto, puesto que la mayor gravedad del comportamiento no se deduce de consideraciones personales de los individuos en conflicto, sino de un trasfondo colectivo o sociológico que va más allá.

Claro que, con ello, como indica muy acertadamente, estaríamos ante la ya mencionada legitimación desde una perspectiva de responsabilidad objetiva incompatible con el principio de culpabilidad y de ofensividad y los postulados básicos de un Estado de derecho.⁵⁴

La exclusión de esta referencia al ánimo o finalidad con la que el autor lleva a cabo la concreta violencia de manera que pueda insertarse en un contexto de desigualdad o dominación (y ello puede resultar cuestionable en un importante número de agresiones mutuas), nos avoca al hecho de que al art. 153.1 CP solo pueda atribuírsele una función represiva y agravatoria que encontraría su fundamento en una base biológica, esto es, en que el sujeto activo es un hombre, resultando por tanto indiferente, si es o no consciente de que la conducta que lleva a cabo se encuentra incluida en un contexto o pauta de dominación hacia las mujeres (no olvidemos que este contexto se presume y no debe probarse); es decir, “se acaba presuponiendo que todos los

⁵² ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, págs. 44 y ss.

⁵³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 185.

⁵⁴ En este sentido, ya se había pronunciado ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho penal y violencia de género: ¿un nuevo cambio de paradigma?”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las ciencias sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 418 y ss.

hombres que recurren al empleo de violencia leve y ocasional comulgan con un desprecio absoluto hacia las mujeres”.⁵⁵

Desde esta perspectiva nos encontramos ante una encrucijada, si se acepta un planteamiento puramente objetivista en los delitos de violencia de género que, sobre la base de un innegable contexto sociocultural de desigualdad respecto de la mujer, legitime la diferencia penológica por el mero hecho de ser hombre y ejercer violencia contra su pareja o expareja mujer, o bien si resulta necesario identificar un plus de desvalor en el comportamiento del autor que se identifique, al menos, con el conocimiento de que la violencia se está llevando a cabo como manifestación expresa de esa situación de dominación.

En mi opinión, la opción por el primero de los planteamientos, que no podemos obviar es el que mantiene la jurisprudencia, resulta absolutamente inaceptable, por cuando vulnera frontalmente los postulados básicos del derecho penal de un Estado de derecho, llevando “innecesariamente hasta límites peligrosos alguno de los principios básicos del Derecho (igualdad), del Derecho Penal (culpabilidad) y Derecho Procesal-Penal (presunción de inocencia)”.⁵⁶ La lucha contra la violencia de género no puede plantearse desde una perspectiva absoluta y maximalista que presente el comportamiento humano como rígidamente vinculado a roles o patrones que previamente se han preestablecido, en este caso, por la propia ley,⁵⁷ dado que ello se traduciría en obviar por

completo el injusto personal y la culpabilidad individual.

Resulta irrenunciable que el sujeto activo, al menos tenga “conciencia de que su comportamiento no es ajeno por completo al significado objetivamente más grave que las leyes le atribuyen en cuanto reproduce una pauta de dominación machista”;⁵⁸ y lo mismo cabe sostener respecto de la culpabilidad individual debiendo exigirse una conciencia de la mayor gravedad de su comportamiento por cuanto difícilmente se podrá reprochar al sujeto un plus o desvalor del injusto que sea totalmente ajeno a su conciencia y/o conocimiento, sin que ello implique una clara infracción del principio de culpabilidad.

Pero es que la necesidad de que ese especial plus o desvalor del injusto debe encontrarse presente en la interpretación y aplicación del tipo penal, se deriva directamente de la propia argumentación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al admitir, a fin de eludir la responsabilidad objetiva, que se pueda acreditar por parte del sujeto activo que no actúa movido por el mencionado ánimo de dominación y/o que su comportamiento no se encuentra conectado con el contexto sociocultural de discriminación y desigualdad.⁵⁹ Es, por tanto, evidente que el ánimo de dominación o la situación de desigualdad son elementos que necesariamente deben verse

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 186.

⁵⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 188.

⁵⁷ SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una nor-*

ma agotada (LO 1/2004), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 54.

⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, *ibidem*,

⁵⁹ Como muy acertadamente se pone de manifiesto en el Voto Particular a la STS 677/2018, cit.; en el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 184.

valorados a la hora de aplicar el art. 153.1 CP, sin que sea legítimo recurrir al automatismo que se deriva de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo desde 2018. Claramente, y de modo muy pronunciado en el caso de violencia bidireccional o agresiones mutuas, pueden existir supuestos de violencia del hombre hacia la mujer pareja o expareja (o entre ambos) que nada tengan que ver con el fenómeno de la violencia de género, porque en nada respondan a las pautas culturales de machismo o dominación; es decir, en mi opinión, caben excepciones a la aplicación del tipo penal de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja, sin que por ello se renuncie a la lucha contra este fenómeno. Por el contrario, un automatismo, como el que se practica jurisprudencialmente, que renuncia a cualquier tipo de excepción, no solo quebrantaría los principios que ya se han mencionado reiteradamente (igualdad, culpabilidad, ofensividad y presunción de inocencia), sino que podría dar lugar a penas absolutamente desproporcionadas en el caso concreto, vulnerándose así el principio de proporcionalidad.

En realidad, este automatismo de la jurisprudencia que exige, simplemente, la constatación de una violencia llevada a cabo por un hombre hacia una mujer que sea o haya sido su pareja, sin ningún otro elemento añadido para la calificación del comportamiento como violencia de género, ya no encuentra su legitimidad en aquel trasfondo sociocultural de dominación y machismo que se había predicado por el Tribunal Constitucional tratando de legitimar el diferente tratamiento punitivo en virtud del sujeto activo, sino que se fundamenta, al menos en mi opinión, en un puro elemento biológico, cual es el sexo de los concretos sujetos involucrados. Es decir, se castiga más gravemente al hombre por el hecho de ser hombre, independientemente

de cuál fuera el contexto de la violencia que lleva a cabo, e irremediablemente ello implica una directa vulneración del principio de igualdad y el retorno a unas concepciones del derecho penal incompatibles con un Estado democrático de derecho.

No puede presumirse contra el sujeto activo que por el hecho de ser varón su comportamiento se encuadra de manera automática en una determinada pauta cultural sin que en el caso concreto se pruebe esa conexión; y tampoco puede o, mejor dicho, no debe implantarse una presunción prácticamente irrefutable que supone una inversión de la carga de la prueba en un planteamiento contrario a reo. Esa situación de dominación o subyugación es, desde mi punto de vista, inmanente al propio delito de maltrato contenido en el art. 153.1 CP, y resulta absolutamente necesario demostrar la existencia de una situación de desigualdad en relación con la violencia llevada a cabo por el hombre de la pareja, para que al menos pueda encontrarse un cierto grado de legitimidad en la intervención penal. Si la violencia es bidireccional, como en el caso de las agresiones mutuas (supuesto analizado por la STS 677/2018, en el que la violencia es iniciada por la mujer), todavía se convierte en más necesaria la demostración de este elemento, porque, en principio, podría partirse de una situación plena de igualdad entre ambos miembros, que desvirtuaría completamente la posibilidad de entender que se trata de una manifestación del contexto de discriminación, desigualdad y machismo.

De hecho, y al margen de la cuestionable legitimidad que ya por sí misma pudiera implicar la diferencia penológica que se recoge en el art. 153 CP en virtud del sexo del sujeto activo y que, en mi opinión, podría resolverse mediante la aplicación de la agravante de discriminación por razón de sexo o de género

contenida en el art. 22.4 CP, considero que la única forma de una aplicación legítima del mismo es mediante una interpretación restrictiva que exija la presencia o concurrencia de un especial elemento típico cual es el ánimo de dominio o subyugación en la violencia llevada a cabo por el hombre,⁶⁰ o, al menos, el claro conocimiento e intención de actuar en ese contexto sociocultural de machismo, de manera que los miembros de la pareja se encuentren en una notoria situación de desigualdad en el caso concreto sin que sea suficiente acreditar una genérica existencia de unas pautas culturales de desigualdad hacia la mujer.⁶¹

El automatismo aplicado a este precepto por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 2018 resulta absolutamente incompatible con los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho, en tanto que encuentra fundamento, como se ha señalado, exclusivamente en el elemento biológico (quien es el sujeto activo) y no en la constatación de una situación de desigualdad (la

gravedad del hecho atendiendo a determinados ánimos o motivaciones). Desde luego, no es la solución adecuada ni más legítima para hacer frente a un fenómeno tan grave como es el de la violencia de género y que podría derivar en consecuencias contrarias a las perseguidas, llegando a victimizar al hombre sobre la base de que es especialmente sancionado precisamente por su condición de tal, y no por un comportamiento de dominación o machismo.⁶²

Lo que resulta inaceptable para un Estado de derecho es una concepción, en el ámbito penal y concretamente en relación con el art. 153.1 CP, de una especie de “culpabilidad colectiva”⁶³ que implique una aplicación automática del tipo penal sin demostrar la existencia del elemento de dominación, porque como señala LAURENZO COPELLO,⁶⁴ sancionar con una pena más grave por razones de discriminación no puede aplicarse de manera automática a todo el colectivo, porque la culpabilidad dejaría entonces de cumplir la función que le corresponde; ni tampoco puede servir para enervar derechos y garantías como la presunción de inocencia.⁶⁵

60 Aboga por la inclusión expresa del elemento anímico de la discriminación en los delitos de violencia de género como presupuesto básico de los mismos, SANZ MULAS, N., *Violencia de Género...*, cit., pág. 98.

61 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pág. 322, afirma que la perspectiva de género “no se trata, como algunos pretenden, de establecer normas que supongan necesariamente una discriminación positiva que favorezca a las mujeres a base de vulnerar el principio de igualdad (lo cual sería muy discutible, por otra parte) ni de crear un principio de presunción de culpabilidad o de olvidar el derecho de defensa”.

62 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., págs. 340 y 341.

63 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 349.

64 LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 817 a 822.

65 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 351.

5. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005.
- “La perspectiva de género en el Derecho Penal español”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, Comares, Granada, 2010.
- “La interpretación judicial del derecho penal desde la holística del género”, *Jueces para la Democracia*, nº 82, 2018.
- “Derecho penal y violencia de género: ¿un nuevo cambio de paradigma?”, en *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las ciencias sociales*, Martín Sánchez (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ALASTUEY DOBÓN, M. C. y ESCUCHURI AISA, E., “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español”, *Revista de Derecho Penal*, nº 23, 2015.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *InDret*, nº 3, 2020.
- “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género”, en ABEL SOUTO, M., BRANGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G., (Coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M^a A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M^a A (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2004.
- “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de género”, *La Ley*, núm. 5, 2004.
- BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 9-2, 2007.
- DE LA FUENTE HONRUBIA F. y PUENTE SEGURA, L., *Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*, CEF, Madrid, 2019.
- FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006.
- “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en Muñoz Conde F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra.*

- María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La necesaria intervención en los procesos de ruptura de la relación de pareja en contextos de dominio, como instrumento de prevención de feminicidios”, en Fernández Teruelo, J. G. y Fonseca Fortes-Hurtado, R. H. (Dir.), *Violencia de Género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» a la «Violencia de género»: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en Núñez Castaño, E. (Direct.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA ARÁN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (a propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en Carbonell Mateu J. C., González Cussac J. L., Orts Berenguer E. y Cuerda Arnau, M^a L., (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ RIVERO, M^a C., “El «presunto» injusto de los delitos contra la violencia de género”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “El «nuevo» elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTs de 8 de junio y 24 de noviembre de 2009”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 72, 2010.
- LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, n^o 07-08, 2005.
- “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020.
- MAGRO SERVET, V., “La carga de la prueba de dominación o machismo en la violencia de género”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 104, 2013.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas consideraciones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.
- MAQUEDA ABREU, M^a L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral”, *Revista Penal*, n^o 18, 2006.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material

- del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho penal*, nº 3, 2005.
- “El delito de maltrato ocasional del art. 153 del Código penal: la influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de Género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013.
- RUEDA MARTÍN, M^a. A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019.
- SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)”, en *La Ley* núm. 8159, 2013.



RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
48
AÑOS
1976 • 2024

ISSN 2007-4700

