

**ESTEREOTIPOS DE GÉNERO: ANÁLISIS DEL
DISCURSO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE LA
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO
PENAL. EN PARTICULAR, ESTUDIO DE LA
FIGURA DE LA RIÑA MUTUA Y DE LA LEGÍTIMA
DEFENSA**

Olga Pozas Presa

Trabajo Final de Máster

Tutora: Noelia Igareda

Master en Estudis de Dones, Gènere i Ciutadania

Junio de 2019

- ¿Dónde cree que está el problema más urgente de la mujer?
- Los conflictos de la mujer no residen en un solo problema posible de señalar. En este caso, la consigna sigue siendo “*Changer la vie*”.

Alejandra Pizarnik.

*Reportaje a intelectuales argentinas
realizado por la revista Sur y publicado en el núm. 326
de septiembre 1970-junio 1971*

Índice

1.- Introducción	3
1.1.- Objetivos e hipótesis	3
1.2.- Estado de la cuestión y aproximación al tema de estudio	8
1.2.1. El derecho es masculino	18
2.- Apuesta epistemológica y método	20
3.- La aplicación del artículo 153 del Código Penal a partir de la LO 1/2004. La figura de la riña mutuamente aceptada	23
3.1.- El artículo 153.1 o la violencia de género	27
3.1.1. El especial ánimo de dominación	28
3.1.2. Relación entre el ánimo de dominación y la figura de la riña mutuamente aceptada	36
3.1.3. La posible invisibilización de los malos tratos habituales	46
3.1.4. Interpretación teleológica e interpretación <i>in dubio pro reo</i>	51
3.1.5.- Contrapunto a la especial dominación: el miembro débil (de la pareja)	53
3.1.6.- Miedo insuperable y comportamiento del <i>hombre medio</i> exigido	69
3.2.- El artículo 153.2 o la violencia doméstica	74
3.2.1. El ánimo de dominación en la aplicación del artículo 153.2	75
3.2.2. Apunte sobre el grado de violencia empleado por la mujer	82
3.2.3.- La paz familiar	85
4.- La legítima defensa	92
4.1.- Los requisitos para considerar la existencia de la legítima defensa. En especial, el requisito de la existencia de agresión ilegítima	96
5.- Apuntes procesales	129
5.1.- La remisión al Juez a quo en la descripción de los hechos probados	130
5.2.- El testimonio de la mujer no se considera testimonio de cargo único para enervar la presunción de inocencia	134
6.- Conclusiones	145
7.- Bibliografía	157

1.- Introducción

1.1.- Objetivos e hipótesis

El principal objetivo de la investigación se centra en analizar, a partir del estudio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, la forma en que se construye la figura de “la riña mutuamente aceptada” y la no admisión de la existencia de la legítima defensa por parte de la mujer¹, a partir de la modificación del artículo 153 del Código Penal (en adelante, CP) llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG).

A partir del análisis de la construcción discursiva de las resoluciones² de dichos tribunales, se pondrá de manifiesto qué tipo de feminidad se legitima y cuál se sanciona,

¹ Se tratará el concepto *mujer* como lo trata el Derecho, como categoría homogénea. No obstante, no se olvida que las generalizaciones que se hacen sobre *la mujer* nos lleva a obviar la pluralidad de mujeres concretas, así como la intersección de discriminaciones puesta de relieve en los estudios feministas, y el hecho de que el género es una construcción cultural.

Esto es, se es consciente del debate que existe en relación al concepto mujer y a la subjetividad política femenina, que parte de la redefinición de una misma y de las relaciones entre sexo y género. (Fitch, 2003: 287).

Como también se es consciente de que se abandona en el análisis una categoría muy importante, que nos permitiría observar otro eje de discriminación, y es el hecho de observar el tratamiento de las personas migrantes, en las diferentes resoluciones. En tan sólo una sentencia se apunta “*la situación administrativa irregular*” de la cónyuge agredida, pero no se ha considerado suficiente para extrapolar toda una reflexión en torno a los estereotipos ligados a la condición migratoria. No obstante, lo que sí puede referirse es que en la mayor parte de sentencias que se hacía referencia a la nacionalidad era para evidenciar cuándo la misma no era la española.

² En el siguiente sentido: “*La sentencia no es el producto del silogismo caso-norma-dictamen, sino de un proceso humano en el que se plasman y refuerzan los “depósitos de juicio de valor sobre el comportamiento” y “los esquemas culturales vigentes en una sociedad”*” (Fernández, 1988: 7)

con el objetivo de comprobar cómo es tratada la mujer que subvierte la feminidad hegemónica, cuando la misma usa la fuerza contra su pareja o expareja.

Esto es, partiendo del binomio buena/mala mujer; buena/mala esposa, el análisis se centrará en dos escenarios complementarios: feminidades no normativas (puesto que son violentas) y feminidades aceptadas: pasivas, hiper-victimizadas e hiper-vulnerables³.

La hipótesis de base es la siguiente: la aplicación de la norma penal resulta discriminatoria para la mujer, puesto que lxs aplicadorxs⁴ del Derecho parten de la presunción de que, ante una agresión en el ámbito doméstico, la misma se trata de una explosión de violencia cruzada entre las partes, en igualdad de condiciones, y, por lo tanto, la jurisprudencia normaliza dicha violencia. A partir de aquí, se podrá observar, además, qué tipo de masculinidad se penaliza.

Además, el hecho de no apreciar la existencia de legítima defensa e igualar a los miembros de la pareja, supone la objeción a la existencia de violencia de género por parte del varón hacia la mujer, y, por lo tanto, la puesta en cuestión de la premisa sobre la que gravita la LOVG, por cuanto dicha norma define la violencia de género como *“la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* (art. 1.1).

³ Los conceptos “hiper-victimizadas” e “hiper-vulnerables” son de Macaya (Macaya, 2013: 29.)

⁴ De la misma forma que lo hace Macaya, la autora va a utilizar la tipografía “x” para designar el neutro. Como la misma indica *“La x es suficientemente difusa como para no ser asimilada con ninguno de los géneros establecidos en base a la dicotomía biologicista.”* (Macaya, 2013: 19).

Esto último evidencia cómo la violencia de género se nutre de violencias institucionales, por cuanto, a partir de la modificación del CP por parte de la LOVG, se está aplicando de forma simultánea el art. 153 CP, al cónyuge masculino y a la cónyuge femenina, la cual cosa lleva a revictimizar a la mujer en una estructura que normaliza la violencia machista y que individualiza la problemática⁵ en un contexto patriarcal⁶ de dicotomización genérica.

El órgano enunciator automáticamente deja la violencia en el ámbito de la pareja fuera de los confines de la violencia de género, no tiene en cuenta la situación de desigualdad

⁵ El hecho de que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW) no incluyera inicialmente una alusión al vínculo entre discriminación estructural de género y formas de violencia ha generado muchos problemas, uno de ellos es la importancia del paradigma individualista en la comprensión del fenómeno, puesto que las medidas que se adoptan promueven medidas que se dirigen individualmente a las mujeres y no a la sociedad como maquinaria patriarcal. (Bodelón, 2014: 138).

⁶ El concepto de patriarcado parte de *la ley del padre*, el control social que ejercen los hombres en cuanto padres sobre sus esposas y sus hijas. En el sentido más específico de los estudios feministas, el patriarcado es aquel sistema que estructura la parte masculina de la sociedad como un grupo superior al que forma la parte femenina, y dota al primero de autoridad sobre el segundo.

Facio y Fries lo expresan de la siguiente forma: “*El concepto, teorías y perspectivas de género, así como el moderno entendimiento de lo que conforma el patriarcado o el sistema de dominación patriarcal, son producto de las teorías feministas, es decir, de un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres que buscan transformarla.*” (Facio y Fries, 1999: 23).

Por su parte, McDowell, haciéndose eco de Walby, afirma que las relaciones patriarcales se construyen y se mantienen gracias a seis estructuras analíticamente separables: la producción doméstica (los hombres se apropian del valor del trabajo doméstico no remunerado); el trabajo remunerado (las mujeres quedan relegadas a las tareas peor valoradas y pagadas); el plano institucional, en el que los hombres dominan la producción legislativa; la violencia machista; las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (los hombres controlan el cuerpo femenino) y en las instituciones culturales (los hombres dominan tanto la producción y la forma de los distintos medios como las representaciones que éstos ofrecen de la mujer). (McDowell, 2009: 18).

estructural, y, por lo tanto, duda del testimonio de las mujeres que afirman que se han defendido por la situación previa de violencia vivida.

Además, el ideal de feminidad (ser pasiva y dependiente en su rol de cuidadora) va a definir cierta respuesta agresiva como inapropiada para las mujeres, por cuanto se les atribuye el estatuto de víctima estereotipado, conformado y obediente (lo cual va a constituir un elemento clave para su auto-control en dichos términos).

Dicho lo cual, el trabajo se aborda en base a una pregunta clave: ¿A partir de la aplicación del Derecho Penal, qué tipo de respuesta se da a los casos en los que opera violencia de género, cuando, ante una agresión por parte de su pareja heterosexual, la mujer se defiende *físicamente*?

El objetivo es centrar la atención en la aplicación del artículo 153.1 y 153.2 del CP, tras la redacción dada por la LOVG, en los casos en los que, para la jurisprudencia, existe riña mutuamente aceptada, en contraposición a la aceptación de una agresión ilegítima con su correspondiente defensa legítima por parte de la mujer en una relación o ex relación heterosexual.

Se ha de decir que, puesto que desapruero cualquier planteamiento esencialista (en el sentido de que no creo que las mujeres sean pacíficas por naturaleza, ni los hombres violentos por naturaleza), las reflexiones que se vayan llevando a cabo no partirán de la idea de que en todos los casos las mujeres se defienden, ergo, pueden existir mujeres que agreden a los hombres con quienes conviven, tampoco que todos los hombres son

violentos⁷. Más bien se pretende poner de manifiesto el hecho de que el umbral de permisividad para los operadores jurídico-penales es nulo cuando se trata de valorar la agresividad de ellas, puesto que cualquier transgresión de los mandatos de género en el sentido planteado se percibe como un comportamiento desviado y, por ende, legítimamente castigado.

A partir de la pregunta general planteada, el trabajo estudiará diferentes cuestiones, que pueden resumirse en los siguientes puntos:

- Análisis de la aplicación del art. 153.1 al cónyuge varón y del 153.2 a la cónyuge mujer y observar de qué forma influye el discurso judicial que interpreta y aplica dichos artículos en la creación de la masculinidad (hombre activo agresor) y en la división de mujeres en dos clases opuestas: buenas mujeres/malas mujeres; mujer pasiva/mujer agresiva;
- Análisis de la utilización del bien jurídico “*paz familiar*” como forma de constreñir a la mujer a su ámbito naturalizado, obviando y relegando sus propios derechos como ser individual (seguridad, integridad, libertad, etc.)
- Análisis de la aplicación de la figura de la riña mutuamente aceptada y de la legítima defensa, con la consideración de que ambas se utilizan en perjuicio de

⁷ Pero asumir los valores de la masculinidad tradicional hegemónica nos llevan a considerar que existe mayor riesgo para la propia vida y la de los demás, sin que se afirme ningún determinismo por ello. En palabras de Osborne: “*Los valores (de la masculinidad hegemónica), interiorizados, engendran mentalidades y hábitos de vida poco saludables para los propios varones, déficit de comportamientos cuidadosos y afectivos, desigualdad con las mujeres y riesgos para las personas de su entorno.*” (Osborne, 2009: 105).

la mujer, puesto que son los hombres los que articulan el standard bajo el cual se mide la supuesta neutralidad de dichas figuras.

1.2.- Estado de la cuestión y aproximación al tema de estudio

Es necesario delimitar la normativa de aplicación, así como los conceptos que se contienen, puesto que va a ser fundamental para entender el universo de estudio.

Como se pondrá de manifiesto con mayor detalle en el apartado dedicado a la metodología utilizada, la jurisprudencia analizada contempla un rango temporal que va desde la entrada en vigor de la LOVG (esto es, el día 28 de enero de 2005) en adelante.

Es necesario, antes de entrar en el estudio de la LOVG, referir algún apunte tanto de la norma anterior (la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros) como de la que posteriormente se aprueba (la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

La Ley Orgánica 11/2003⁸, agrava el tratamiento penal de determinadas conductas, a partir de que el hecho o circunstancia se produzca “*en el ámbito doméstico*”.

⁸ Es significativo que la norma, denominada “*de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*” parte del Plan de Lucha contra la delincuencia del año 2002, y así se contemple en su Exposición de Motivos, apartado I, en el que establece que entre las medidas del Plan: “*se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.*” De esta forma, la norma parte de la equiparación de dichas realidades diversas, con el objetivo de “*mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las*

Se indica, textualmente, en el apartado III de su Preámbulo, que *"las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos"*. (Subrayado añadido)

La iniciativa de la LO 11/2003 de transformar todo maltrato en delito (en el ámbito familiar) perseguía, en palabras de Larrauri: *"el fin de acabar con la sensación generalizada de impunidad que provenía de dos factores: el gran número de casos en los que se juzgaba el maltrato por faltas y la pena de multa mayormente impuesta."* (Larrauri, 2007: 60)

De esta forma, a partir de 2003 el llamado delito de violencia doméstica se contiene en dos artículos: en el art. 153 CP si el maltrato es ocasional y en el art. 173 CP si la violencia es habitual.

Antes de la reforma llevada a cabo por la LOVG, el artículo 153⁹ se pronunciaba de forma genéricamente *neutra*, si bien remitía a la agravación de la pena para el caso de que la agresión o amenaza se dirigiera contra las personas apuntadas en el art. 173.2¹⁰.

agresiones de la delincuencia." Así, iguala las realidades presentadas (violencia doméstica e inmigración) como agresiones de delincuentes, partiendo de la individualización de *un* conflicto inter partes (en el mejor de los casos, además, equiparando delincuencia a "extranjeros no integrados").

⁹ Art. 153 (previo a la reforma): *"El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 (...)"* (Subrayado añadido).

¹⁰ Art. 173.2 (previo a la reforma): *"(...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o*

La LOVG, por su parte, continua esta línea de aumentar la severidad de la respuesta penal¹¹, convirtiendo comportamientos catalogados como faltas en delitos, pero con varios hitos fundamentales: por un lado, llevando a cabo una agravación de la pena si la víctima es la mujer-pareja o ha tenido análoga relación de afectividad con el agresor; también para el caso de que sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; por otro lado, incorporando el concepto de “violencia de género” y dejando de abordar numerosos comportamientos en que existe violencia por razón de género¹².

Así es, el art. 37 del Título IV de la LOVG, que trata la *"tutela penal"* contra la violencia de género, procede a dar una nueva regulación al art. 153 del Código Penal, bajo el título "protección contra los malos tratos". Y en diversos artículos de este Título IV de la Ley se utiliza repetidamente el concepto de "violencia de género" y de "delitos relacionados con la violencia de género" (arts. 33 a 35, 40), y se introducen reformas de determinados artículos del CP en los que se pasa a utilizar expresamente el concepto de "delitos relacionados con la violencia de género" (arts. 83.1ª, 84.3, 88.1).

conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...)"

¹¹ Se irá poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, pero se considera importante indicar en este primer momento lo que se estima en relación al aumento de penalidad. En este sentido, especialmente acertada está Larrauri, cuando afirma: *"La introducción de tipos penales no asegura su aplicación. Tampoco asegura una aplicación libre de estereotipos masculinos que socavan la pretendida eficacia del derecho penal como un medio idóneo para proteger a las mujeres."* (Larrauri, 1995: 172)

Por su parte, Larrandart, indica: *"Es tan ilusorio pensar que una vez sancionada una ley penal la gente se abstendrá de cometer delitos, como suponer que una mayor punición o la ampliación indiscriminada del catálogo de conductas prohibidas implicará un cambio de las pautas culturales de corte machista."* (Larrandart, 2000: 104).

¹² Por ejemplo, la violencia sexual, no abordada en la LOVG.

Por lo que respecta al artículo 153, lo subdivide en varios apartados, de los cuales el primero se circunscribe a la llamada “violencia de género” (lo que añade la LOVG, respecto del delito de violencia doméstica básico, es un nuevo primer párrafo en el cual la víctima es mujer-pareja), y el segundo lo reserva a la llamada “violencia doméstica” (víctima hijx, madre, padre, hermanx)¹³.

Esta diferenciación es fundamental, por cuanto el 153.1 limitará la violencia de género a la que tiene lugar por parte de un hombre a la mujer pareja o similar de afectividad, siendo que podría afirmarse que el bien jurídico protegido es (o debería ser) la integridad física, la libertad, la seguridad, la dignidad de la mujer en la pareja o la salud de la mujer¹⁴ y el 153.2, al indicarse como posibles víctimas o sujetos pasivos del delito personas ajenas a esta concepción de violencia de género, abre la puerta a que la persona agresora sea la mujer, siendo que el bien jurídico protegido, como se verá, es “la paz familiar”.

La consecuencia de esto es que se han creado tres niveles de protección: 1) si una persona golpea a otra indiferenciado el comportamiento es catalogado de falta del art. 617; 2) si golpea a una persona del ámbito doméstico el comportamiento es catalogado como delito del art. 153.2 (tipo penal agravado. Dicho tipo penal ya existía en el CP con anterioridad a la LOVG) y 3) si golpea a *su* mujer, este comportamiento es catalogado como delito del art. 153.1 (tipo penal superagravado). (Larrauri, 2008: 201) (Cursiva añadida).

¹³ Desde el año 2003, las víctimas del delito de violencia doméstica acaban ampliándose también a lxs ancianxs sometidos a custodia o guarda en un centro público.

¹⁴ La inclusión del bien personal “salud” entre los derechos reconocidos a las mujeres es especialmente interesante. Sobre dicha inclusión, Molina, 2012: 32.

Pero, por otro lado, la creación de dichos tres niveles de protección no se reproduce en todos los delitos, sino que se introduce sólo en aquellos que, se cree, son los más frecuentes en las relaciones de pareja (maltrato básico, amenazas y coacciones), pero en otras ocasiones, como por ejemplo el maltrato habitual contemplado en el art. 173, no se distingue entre mujer pareja y el resto de víctimas pertenecientes al ámbito doméstico, cosa que demuestra una falta de coherencia y de estudio sistemático, por parte del legislador¹⁵ a la hora de abordar la violencia de género.

Por lo que respecta a la incorporación del concepto “violencia de género”, la LOVG rompe con la terminología del derecho penal español que había centrado su atención en la llamada “violencia doméstica y/o familiar”, confundiendo la violencia hacia las mujeres con otras violencias que se dan en el ámbito familiar.

Es necesario puntualizar que dicho concepto de violencia de género se generaliza a partir de la IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Beijing en 1995¹⁶, y el mismo es acuñado con la finalidad de poner el acento en las causas estructurales de la violencia contra las mujeres, como es la histórica socialización y asunción de

¹⁵ Ver nota al pie núm. 23.

¹⁶ En la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, de 18 de diciembre de 1979 (ratificada por España en 1983), se evidenciaba que la violencia contra las mujeres se mantiene por la pervivencia de valores patriarcales, que alimentan unos estereotipos diferenciados en función del sexo y sitúan a las mujeres, expresa o tácitamente, en situación de subordinación.

Por su parte, en la Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se afirma que dicha violencia constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

estereotipos¹⁷ y roles, todo ello construcciones sociales en base a las supuestas características del género femenino, considerado inferior al masculino (parámetro de lo humano, de lo deseable).

De hecho, la LOVG se pronuncia en relación a la violencia de género de la siguiente forma, en el apartado I de su Preámbulo:

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”

Respecto al párrafo transcrito, dos cuestiones importantes:

La primera cuestión es que, aunque de su lectura parecería que va en la línea de las conclusiones vertidas en Beijing, en el sentido que el legislador pretende afirmar que la violencia de género es estructural y que afecta a todas las mujeres, nada más lejos de la realidad.

¹⁷ En palabras de Ruiz Resa, los estereotipos pueden contener prejuicios sociales o estar basados en tradiciones y en determinados valores morales y son un esquema preconstruido de carácter conceptual, lingüístico, sociológico o ideológico. (Ruiz Resa, 2014: 326).

La misma autora advierte que es necesario ser conscientes de los estereotipos que circulan por el ámbito jurídico y de cómo pueden afectar a la imparcialidad de los juicios o razonamientos, en la medida en que afectan a la precisión y objetividad exigida a los discursos jurídicos. (Ruiz Resa, 2014: 330).

En palabras de Zaffaroni, *“El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones.”* (Zaffaroni, 2000: 28)

Esto es: si bien se introduce el concepto, no se toman en consideración todas las posibles manifestaciones de violencia de género que han sido definidas por los movimientos de mujeres y los organismos internacionales; sino que la LOVG sigue trabajando sólo con la idea de violencia familiar, esta vez centrada en la violencia hacia las mujeres y los menores, en el ámbito familiar¹⁸. (Bodelón, 2008: 278)

De esta forma, la violencia patriarcal pasa a ser violencia de género, pero violencia que finalmente va a ser tratada como otras violencias en nuestros estados de derecho, fuera del marco de los conflictos sociales¹⁹. Las mujeres, la mujer, en lucha contra la violencia, en conquista de su libertad y de sus derechos pasa a ser sólo una persona afectada por violencia, no una persona que sufre una desigualdad social. (Bodelón, 2008: 288).

La segunda cuestión que parte de la lectura del Preámbulo, es que se relaciona la violencia contra la mujer como la consecuencia más grave de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Así, se atribuye una función al derecho penal, al cual se considera, en palabras críticas de Larrauri, “*un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres*” (Larrauri, 2007: 19)²⁰.

¹⁸ De hecho, si se parte de esta idea se entiende la razón por la cual no se ha modificado el artículo 173.2, relativo a la violencia habitual, en el sentido de que el mismo no individualiza a los sujetos protegidos.

¹⁹ Lo que nos plantea la siguiente incógnita: ¿cómo traducir un problema social estructural en una norma penal?

²⁰ No obstante, advierte la misma autora, que por parte del feminismo: “*No se combate la diferencia, sino la subordinación asociada con la diferencia.*” (Larrauri, 1995: 166). En el mismo sentido, Bodelón: “*La violencia machista se vincula a la existencia de discriminación contra las mujeres, pero no entendida ésta como una mera ruptura de la igualdad de trato, sino discriminación como problema de subordinación social.*” (Bodelón, 2014: 137). Igualmente, Mestre, que parte de MacKinnon, cuando

Intentar dar respuesta a un problema estructural complejo con la única variable de la “desigualdad de género” cuanto poco puede ser (y es) problemático. Para la misma autora, la desigualdad de género puede operar y funciona en algunas ocasiones “*como factor de riesgo, en otras se debe añadir otros factores de vulnerabilidad, producto de otras fuentes de poder que incluso la desplazan o superan, y casi nunca funciona aisladamente.* (Larrauri, 2007: 29).

Además, el punto de vista de la desigualdad o la discriminación como causa principal de la violencia contra la mujer parte de la idea de que a mayor “igualdad”, menor violencia, cosa que me parece criticable. En este orden de cosas, y en palabras de Bodelón: “*La perspectiva de la discriminación da por hecho que vivimos en una sociedad justa, en la cual sólo hay que incorporar a las mujeres*” (Bodelón, 2009:111).

Ante todo lo dicho, podemos concluir que la perspectiva de género en la LOVG se encuentra ausente, lo que no deja de ser irónico, si se piensa que es la misma Ley Orgánica la que exige la formación en género de los operadores jurídicos en dicha perspectiva (art. 47).

Además, debe recordarse que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reclama la interpretación de la realidad y de las normas con perspectiva de género. Y dicha perspectiva ha sido reivindicada, además, por la comunidad internacional²¹.

considera, además, que si se trata de un problema de subordinación, es una cuestión de poder, y no de diferencia (Mestre, 2006: 134).

²¹ El informe del Secretario General de Naciones Unidas de 6 de julio de 2006, párrafo 268 indica que “*las normas que rigen los procedimientos penales, en particular las reglas de prueba y procedimiento,*

En palabras de Bonet, detrás de la LOVG no hay un pensamiento transversal, ni una política criminal con un objetivo de lucha contra la violencia de la mujer. (Bonet, 2010:38). Lo que parece, más bien, es que nos hallamos ante una estrategia ideológica institucional en el sentido que apunta Lacasta como “*normas-escaparate*”²² o Maqueda como “*tácticas de diversión*”²³.

Por lo tanto, se puede sistematizar que la violencia de género en la LOVG, según se ha visto, parte de la asunción de una serie de aserciones:

- a) El énfasis en la desigualdad de géneros como causa fundamental de la violencia;
- b) *Género* es sinónimo de *mujer*;
- c) Al hilo de la anterior, la violencia de género se asume como violencia ejercida por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja²⁴;

deben ser aplicadas con sensibilidad para la perspectiva de género a fin de impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla.”(Consejo General del Poder Judicial, 2013: 178)

²² Las normas-escaparate se basan en el proceso por el cual una vez detectada una fuerte demanda de un sector social potencialmente votante, se plasma la citada demanda en una norma jurídica. Que luego se aplique o no la norma (de la forma inicialmente pensada y con el objetivo pretendido) es otra cosa. Y si esto es grave en general, más lo es en particular si la norma en cuestión pertenece al Derecho penal. (Lacasta, 1998: 28).

²³ Son las utilizadas por los regímenes occidentales para distraer la atención de temas que pudieran poner en cuestión la legitimidad del sistema de dominación actual bajo el capitalismo (Maqueda, 2014: 146). En el mismo sentido Zaffaroni, al referirse que, cuando la política es incapaz de proveer soluciones, se convierte en un “*Estado-espectáculo*”. De esta forma, “*la política-espectáculo ha descubierto que un proyecto de ley penal puede otorgar muchos más minutos de televisión que un programa racional de transformación que, por otra parte, no tiene poder para poner en práctica.*” (Zaffaroni, 2000:31).

²⁴ La LOVG hace caso omiso a la normativa internacional (CEDAW o la Convención Belem do Pará, de 9 de julio de 1994), por cuanto identifica la violencia como un conflicto que se reduce exclusivamente a la violencia intrafamiliar.

- d) Este olvido de otras mujeres que pueden convivir o haber convivido con el agresor implica que las hijas, hermanas y madres se encuentran excluidas de la protección super agravada²⁵;
- e) La agravación de la pena (formalmente, en tres meses más de pena privativa de libertad) cuando son los hombres quienes ejercen la fuerza.

En otro orden de cosas, es necesario poner de manifiesto que la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor a partir del día 1 de julio de 2015, modifica ciertos artículos de interés para el presente estudio, así que será necesario prestar atención a la fecha de los hechos para conocer la versión de aplicación de la norma (es especialmente significativo, por cuanto con la entrada en vigor de la LO 1/2015 se deroga el capítulo dedicado a las faltas de lesiones, malos tratos y amenazas a que se refieren los Arts. 617 y 620 del CP que pasan a ser delitos leves).

²⁵ Y esto parte de un doble prejuicio teórico: minimizar las violencias que no proceden de la pareja y presuponer que las mujeres sólo pueden ser víctimas (Larrauri, 2009: 6).

Esta última afirmación implica que tampoco las mujeres lesbianas tienen una protección reforzada, ni la que tiene lugar de madres a hijas o viceversa. En palabras de Osborne: *“La violencia perpetrada por mujeres no puede ser catalogada como violencia de género- esto es, como parte de un sistema de dominación y de una división del trabajo cuyos fundamentos la promueven y hacen que sea tolerada socialmente- Se considera, así, que la violencia femenina se enmarca en la violencia que el ser humano contiene en sí potencialmente como especie, con los agravantes del contexto familiar y de pareja.”* (Osborne, 2009: 36).

Para Haydée Birgin, la violencia que ejercen las mujeres presenta ciertas diferencias, en relación a la utilizada por los hombres, por varias razones, entre ellas: el hecho de que normalmente responde a un conflicto puntual y no a una pretensión de intimidar o castigar y que la misma obedece a un aprendizaje que ellas hicieron de un modelo de dominación masculino. (Araujo, Birgin, Pitanguy, Torres Falcón, 2009: 71).

Comentar, por último, que la respuesta penal ha ocupado un lugar predominante en las políticas públicas elaboradas frente a la violencia de género, lo que demuestra las carencias de políticas públicas, que en el caso español ha venido marcado por la ausencia de un planteamiento realmente multidisciplinar (más allá de lo que se afirme en la LOVG²⁶) y por la escasez de los recursos dedicados.

1.2.1. El derecho es masculino²⁷

La reflexión sobre la que pivota toda la investigación es que los principios sobre los que se sustenta el Derecho (y toda la ciencia), como son la neutralidad y la universalidad, son falsos: los ideales de objetividad e imparcialidad de los que se vanagloria el derecho son valores masculinos²⁸ que han sido tomados como valores universales.

De esta forma, el derecho llevará insito un discurso que marcará lo que es propio de la feminidad. Tal como indica Larrauri: *“Las normas que el derecho penal destina a la mujer reflejan (y construyen) una determinada visión de la mujer.”* (Larrauri, 1995: 151).

²⁶ La LOVG pretende llevar a cabo lo siguiente: *“Proporciona una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.”* (Exposición de Motivos, apartado II)

²⁷ Se coge prestado el título de un epígrafe de Smart (Smart, 1992: 173).

²⁸ Sobre el origen de la masculinidad del Derecho, la teoría política feminista se remonta a los orígenes del Estado liberal y sus formas jurídicas, que determina un sujeto de derechos autónomo e independiente, sin responsabilidades sociales ni familiares. Este acercamiento individualista a los fenómenos económicos se reproduce en el ámbito penal, donde la infracción se separa de su contexto social. (Bodelón, 1998: 193)

Esto es, aunque se lleve a cabo una promulgación de leyes supuestamente neutrales respecto al género, o incluso, cuando las normas se presenten como protectoras del género femenino, las mismas no dejarán de partir de un razonamiento androcéntrico. En palabras de la misma autora: “(...) *Dichas normas se aplican según una perspectiva masculina y toman como referencia a los hombres (blancos de clase media). Esta constatación es lo que permite afirmar “el derecho penal es masculino.”* (Larrauri, 1995: 12).

Se expresa de esta forma que cuando el derecho es aplicado de forma “objetiva”, tenderá a reproducir la versión social dominante. *“La perspectiva masculina ha conseguido históricamente aparecer como la “no-perspectiva” y aun cuando representa una versión particular aparece como “universal”* (Larrauri, 1995: 12).

¿Qué sucederá con una norma género-determinada, como es la que se refiere a la violencia de género, en su aplicación judicial? Por lo pronto, dos respuestas complementarias: por una parte, reproducirá las categorías binarias sexo-genéricas de la masculinidad y la feminidad²⁹, dotando de premios a la feminidad autorizada y hegemónica, y castigando a la no normativa³⁰; y, por otra parte, tenderá a aplicar la norma “de forma objetiva” es decir, sin hacer distinción entre hombre o mujer como

²⁹ Categorías previamente afianzadas por el Derecho (en particular el Derecho penal). Pero el derecho no solo consolida, sino que es una estrategia de creación de género, como proceso de producción de identidades. Tal como refiere Smart, el derecho crea subjetividades, en el sentido que crea categorías e incluso condiciones psicológicas (Smart, 1992: 167).

³⁰ Estos rasgos de las estructuras binarias, en base a la “organización del discurso racional” es lo que se irá desgranando en el presente Trabajo.

sujeto dominador, en franca oposición a lo que diga pretender la misma norma, como se irá viendo.

En términos preclaros, Macaya: *“Si la violencia, incluso aquella destinada a defenderse, es una herramienta negada a la mujer, en base a la existencia de mitos prescriptivos en torno a la feminidad que construyen a las mujeres como seres pasivos y pacíficos, la promulgación legislativa que tenga como finalidad la protección estatal de las mujeres en exclusión de otros grupos sociales, incide en la incapacidad defensiva de las mismas. No pretendo negar en ningún caso, que la violencia que sufren las mujeres, es brutal, específica y distinta que la de otros grupos sociales en base precisamente a una organización social, económica y simbólica que avala un sistema de valores heteropatriarcal. Ahora bien, este mismo sistema de valores construye una idea de la feminidad y de la masculinidad en base dicotómica, según la cual los varones son los que incorporan la violencia como precepto de su normativa hegemónica de género.”* (Macaya, 2013: 113 y 114).

Se ha de tener en cuenta, por último, que todas las afirmaciones vertidas sobre la masculinidad del derecho son independientes de la biología de lxs operadorxs jurídixs. El referente biológico no es relevante, por cuanto el derecho ya ha integrado los principios, los valores y las experiencias masculinas. (Mestre, 2006: 138)

En idéntico sentido, Gil Ruiz, cuando indica: *“La aplicación objetiva del Derecho tiende a reproducir la versión social dominante; y esto es así, aplique el Derecho un hombre o una mujer.”* (Gil Ruiz, 2007: 179)

2.- Apuesta epistemológica y método

La estrategia metodológica es cualitativa y pasa por el análisis crítico del discurso³¹ mediante la selección de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (fundamentalmente) y del Tribunal Supremo, a partir de la entrada en vigor de la LOVG, con perspectiva feminista.

La búsqueda de jurisprudencia se ha llevado a cabo a través de la web Aranzadi Digital, y la recolección de datos se ha hecho mediante el contenido de 65 sentencias³² (de las cuales se ha seleccionado una muestra representativa de 32 sentencias, las cuales recogen el parecer de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo), que ha llevado a interpretar el punto de vista del juzgador³³ ante la realidad que juzga y que ha actuado como catalizador de reflexiones. Se fija la atención en los hechos punibles, los tipos penales aplicados y las penas impuestas.

Se considera imprescindible tener en cuenta que en el contenido del texto, como constructo social y político, interviene, no sólo el creador original, sino el/la investigador/a que lo lee posteriormente y lo interpreta (Ruiz, 2012: 123)³⁴.

³¹ El discurso, de muchas maneras, construye, constituye, cambia, define y contribuye a las estructuras sociales. Y las estructuras del discurso hablan sobre, denotan o representan partes de la sociedad. (Van Dijk, 2002: 2).

³² La búsqueda de dichas sentencias se ha limitado a las que del literal de los hechos se manifestaba que existía una respuesta agresiva por parte de la cónyuge mujer al cónyuge varón, y con esta premisa, se ha indagado en las resoluciones según si trataban la figura de la riña mutua y la de la legítima defensa.

³³ La referencia a “el juzgador” se utilizará con toda la carga de la que se parte: si el derecho es masculino, el juzgador encarna esa masculinidad. En el mismo sentido, buscado y consciente, el concepto de “legislador”.

³⁴ Es necesario indicar que, partiendo de que el conocimiento es necesariamente situado, el campo de estudio no es ajeno a la propia formación reglada, ni al propio contexto socio-cultural. En palabras de

Por lo que respecta a la documentación utilizada de apoyo al análisis, los estudios feministas han aportado, al incorporar la perspectiva de género, una mejor comprensión del funcionamiento del sistema social, político y penal. De esta forma, la fuente teórica partirá de diferentes autoras feministas, juristas y de otras disciplinas, que han analizado el discurso jurídico en clave de género, abordado los estereotipos de género que el mismo construye.

Desde los años 80 del siglo pasado, se denomina “teoría legal feminista” a un conjunto de saberes que estudian las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías recogen las experiencias de las mujeres y los conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, entre otras. (Bodelón, 2003: 465)

Dichas teorías han aportado perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho. Han tratado el sexismo de la norma y su aplicación, hasta la masculinidad del derecho como categoría que supera al sexismo, en cuanto visibiliza que el derecho, ante criterios aparentemente objetivos y neutrales, responde en realidad a un conjunto de valores e intereses masculinos, como se ha puesto de manifiesto.

Cabruja: *“Las relaciones sociales e, incluso, las relaciones con un@ mism@, dependen de las significaciones, imaginarios, culturas, comunidades y lenguajes. Es decir, procuran los “marcos de interpretación” que heredamos.”* (Cabruja, 2009: 133).

Del mismo modo, en palabras de Ruiz Olabúnaga: *“Los mensajes y, en general, la comunicación simbólica, expresan (contienen, dicen, manifiestan) más cosas que el propio autor del texto pretende decir o de las que él mismo es consciente. Estos presupuestos e inferencias consiguen que los patrones de significado hallados en los datos (el texto) sean interpretados como indicadores y síntomas, como índices y síndromes de otras muchas cosas (el contexto) de las que el mismo autor puede o puede no ser consciente”.* (Ruiz, 2012:197).

Por último, se ha de puntualizar que la noción de *derecho* que se va a utilizar se refiere tanto a la legislación como a la jurisprudencia de fuente estatal.

3.- La aplicación del artículo 153 del Código Penal a partir de la LO 1/2004. La figura de la riña mutuamente aceptada

En este apartado, se analizará la aplicación por parte de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo del artículo 153 del Código Penal, a partir de la entrada en vigor de la LOVG, que modifica la redacción de dicho artículo.

Tal como se ha avanzado, se diferenciará el artículo 153.1, dedicado a la “*violencia de género*” del artículo 153.2, destinado a la “*violencia doméstica*”. Es necesario remarcar que la pena por la comisión del art. 153.1 es de 6 meses a 1 año de pena privativa de libertad y, en cambio, por la comisión del art. 153.2 la pena privativa de libertad es de 3 meses a 1 año³⁵³⁶.

³⁵ Esta diferencia en la penalidad ha suscitado uno de los debates más crispados de los últimos años, y un centenar de recursos de inconstitucionalidad ante el TC, entre sus detractorxs, que no dudan en identificar el modelo con el derecho penal de autor y sus defensorxs, que parten de la consideración de que se trata de una conquista de las mujeres por dar una respuesta jurídica adecuada a la violencia de género (además de muchas posturas críticas intermedias). Lxs detractorxs arguyen, como principal preocupación, el hecho de que se identifique al autor de la agresión en base al género. En palabras de Acale: “(...) *Si se asume que el bien jurídico protegido es la pertenencia al género femenino históricamente subyugado al género masculino no puede ser admitido en un ordenamiento jurídico que parte del principio de culpabilidad, en la medida en que se estaría sosteniendo el desvalor de la acción en el mero hecho de pertenecer al género masculino del autor, con lo que estaría afirmando que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva (derecho penal de autor) (...).*” (Acale, 2010: 109).

Según la misma autora, no se trataría de derecho penal de autor, por cuanto las penas se determinan en función de los hechos cometidos; los hechos realizados con anterioridad no pueden servir para conformar el juicio de culpabilidad y la culpabilidad ha de adaptarse a las características del caso concreto. (Acale, 2010: 113).

El artículo 153.1, según redacción dada por la LO 1/2004, indicaba³⁷ lo siguiente:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.” (Subrayado añadido)

Por su parte, el artículo 153.2, según redacción dada por la misma norma, declaraba³⁸:

³⁶ Es lo que pone de manifiesto, por ejemplo, la SAP de Valencia 114/2015, de 24 de marzo, cuando indica: “(...) por la aplicación de [L.O. 1/04 \(...\)](#), el artículo 153 en su redacción actual la erradicación de la violencia de género se refuerza y para ello se limitan los sujetos activos del delito previsto en el artículo 153.1, sancionados con una mayor penalidad, al varón -violencia de género- y los del [artículo 153.2º CP a la mujer - violencia doméstica-](#).” (SAP de Valencia (Sección 1ª), núm. 114/2015, de 24 de marzo (JUR/2015/124980)).

³⁷ Se habla en pasado puesto que la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modifica la redacción del artículo en el sentido siguiente: sustituye “*lesión no definidos como delito en este Código*” por “*una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147*”.

³⁸ La LO 1/2015 modifica el concepto “*incapaz*” por el de “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”. Por el resto, se mantiene idéntica redacción.

“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.” (Subrayado añadido)

Las personas a las que se refiere el artículo 173.2 son las siguientes (exceptuadas el cónyuge, persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y persona especialmente vulnerable³⁹): *“descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.”*

³⁹ La cuestión de la especial vulnerabilidad puede llevar a contradicción, porque se obliga a interpretar si las personas “especialmente vulnerables que convivan con el autor”, citadas en el art. 153.1, son o no las citadas en el artículo 153.2 que remite al artículo 173.2, personas a las que aleja de la protección especial agravada. Más allá de que esto puede llevar a una diferente penalidad, lo que demuestra es una falta de rigor por parte del legislador a la hora de describir a las personas o colectivos afectados, además de una muy mala técnica legislativa.

Pues bien, en la práctica totalidad de las sentencias analizadas, se utiliza del modo comentado (153.1 para violencia de género, 153.2 para violencia doméstica) no obstante, se engloban ambas en el concepto de “*malos tratos familiares*”, diluyéndose así la especial significación que le atribuye la LOVG a la llamada violencia de género (que, como se ha puesto de manifiesto, colonizó el concepto adoptándolo sólo para una parte de las violencias contra las mujeres, aquellas que tienen lugar en las relaciones de pareja) y a la especial protección o significación que dice querer brindarles a la mujer relacionada con el agresor a partir del matrimonio o por una análoga relación de afectividad.

Existe, pues, una confusión de etiquetas entre violencia de género y violencia doméstica. Manteniendo a las mujeres (que tengan ese vínculo específico con el agresor) “*y personas especialmente vulnerables*” en el mismo orden jerárquico de protección, cuando del Preámbulo de la LOVG parecería que el legislador pretendía otra cosa.⁴⁰⁴¹⁴²

⁴⁰ ¿Qué sentido tiene incluir a las “personas especialmente vulnerables” en la redacción del art. 153.1? Seguramente, la respuesta pasa por tener en cuenta razones de oportunidad y consenso político. En palabras de Larrauri, “*la protección reforzada a la mujer pareja y las objeciones de que vulnera el principio de igualdad es lo que probablemente se intentó atenuar con la inclusión de la cláusula mujer “o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*”. (Larrauri, 2008: 209)

⁴¹ Además, en la legislación autonómica el tratamiento de la violencia de género es muy diverso, y mientras algunas Comunidades Autónomas siguen el modelo estatal, otras incluyen un concepto más amplio de violencia machista, como Catalunya.

⁴² Según la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, los conceptos de violencia doméstica y violencia de género “*no resultan equivalentes y no deben ser utilizados indistintamente*.” (Consejo General del Poder Judicial, 2013: 22). Aseveración, como veremos, que no se cumple.

En palabras de Maqueda: “*No es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia.*” (Maqueda, 2006: 4).

Por lo tanto, aunque parece que lo que pretendía la LOVG era dar una especial significación a la violencia contra la mujer pareja o ex pareja, separando el bien jurídico protegido, lo cierto es que del articulado no se ve una diferenciación entre dichas personas “*especialmente vulnerables*” y las mujeres con un vínculo afectivo con el agresor.

3.1.- El artículo 153.1 o la violencia de género

En relación a la aplicación del 153.1 del CP a partir de la nueva redacción dada por la LOVG, es necesario poner de manifiesto, en primer lugar, que su interpretación es muy discutida por los tribunales, sin que la misma haya recibido una repuesta, no ya uniforme, sino francamente contradictoria, por parte de los tribunales.

En términos generales, la jurisprudencia se divide en los siguientes puntos de vista:

- 1) La jurisprudencia que parte del art. 1 de la LOVG para apreciar la concurrencia del delito (es decir, la “*manifestación de desigualdad, discriminación o ejercicio de poder del hombre sobre la mujer*”). Por lo tanto, a partir de dicha jurisprudencia es necesario un concreto, específico y especial elemento subjetivo en la integración del tipo penal. De esta forma, es necesario que se dé una situación de dominio, de abuso de superioridad, del cónyuge masculino para que se pueda aplicar el artículo 153.1, situación que deberá ser probada.

- 2) Sólo la condición de mujer y la relación de afectividad aparecen integrados como elementos del tipo, por lo tanto, no será necesario un especial ánimo de dominación. Así, los actos de violencia conllevarán siempre la existencia de un ánimo discriminatorio hacia la mujer.

3.1.1. El especial ánimo de dominación

Tal como se ha avanzado, la consideración de la existencia del ánimo de dominación en el cónyuge agresor es lo que, en mayor medida, va a dividir a la doctrina a la hora de aplicar el articulado destinado a penar la violencia de género.

A la hora de aplicar el articulado, y en relación a esta cuestión, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo⁴³, pronunciada en base a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal. En la misma, puede leerse:

“Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 C.P el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado el sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 mayo (RTC 2008\59).

inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción."

De esta forma, se aprecia mayor desvalor y mayor gravedad en cierto tipo de conductas que se considera que lo que llevan a cabo es una reproducción de un modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. Así, parecería que el TC, al apelar a esa "pauta cultural", no requeriría la comprobación del especial ánimo, ya que no sería necesario.

Esto es, cuando el TC alude al "significado social objetivo" (Larrauri, 2009: 13), parece dar a entender que, independientemente de lo que quiera el *hombre concreto*, la consecuencia de su comportamiento será la inclusión en el apartado 153.1 CP y, por lo tanto, no requeriría comprobar nada más, y la mayor vulnerabilidad de la mujer sucedería en *todas* las ocasiones.

No obstante en un primer momento parecería lo dicho, lo cierto es que de la interpretación del TC (muy discutida, puesto que no acaba de pronunciarse sobre la interpretación constitucional que debe hacerse en relación al artículo 153.1), y a partir de los votos particulares, los tribunales han llegado a la conclusión de que el precepto solo será constitucional si se descarta el automatismo en la aplicación. Por lo cual, y como es de ver de los pronunciamientos de las diferentes Audiencias Provinciales, éstas entrarán a considerar la existencia de ese especial ánimo de dominación⁴⁴⁴⁵.

⁴⁴ El Tribunal Supremo, en sus sentencias número 580/2006, de 23 de mayo (RJ 2006/3339) y, más recientemente, su sentencia núm. 856/2014, de 26 de diciembre (RJ 2015/89), en lo que aquí interesa, sienta la que se puede considerar actual jurisprudencia del TS sobre el tema (y son citadas por ambas líneas de interpretación), en el sentido que dicho Tribunal parte del Tribunal Constitucional en cuanto afirma que se deberá estar al caso concreto y evitar automatismos en la aplicación del art. 153.1 C.P.,

Como ejemplo, se puede traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Álava 313/2015⁴⁶, que se pronuncia sobre la Sentencia del TC referida:

"(De) la sentencia (del TC) (..) 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.(...)se procede a la: "introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el (art. 153.1 del Código Penal) no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya "manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" (subrayado añadido)

Por lo tanto, será el juzgador el que, a partir del “*desarrollo de los hechos*” se forme un juicio de culpabilidad suficiente como para subsumir la conducta del cónyuge

debiendo comprobarse que se está ante un hecho que *"se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas "machistas", o de "superioridad machista"*. No se han hallado sentencias de dicho Tribunal que sienten jurisprudencia a partir de la modificación del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, que, como se ha indicado, deroga el capítulo dedicado a las faltas de lesiones, malos tratos y amenazas a que se refieren los Arts. 617 y 620 del CP, que pasan a ser delitos leves.

⁴⁵ No obstante, el Consejo General del Poder Judicial ha referido expresamente que no es necesario indagar acerca de si las conductas representan o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder y menos exigir como integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo (Consejo General del Poder Judicial, 2013: 43).

⁴⁶ Sentencia Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª), núm.313/2015 de 16 octubre(JUR/2015/299232)

masculino en esa pauta cultural para aplicar así el art. 153.1.

Pero continuemos con dicha SAP de Álava, que se hace eco de lo que indica el TC de la siguiente forma:

"Ahora bien eso 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 o intencionalidades. Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo." (subrayado añadido)

No se acierta a saber qué quiere decir el Tribunal Constitucional, ni los diferentes tribunales que citan este párrafo, ni con la "acreditación de la personalidad machista" (parece que subjetiva e individualiza como algo que tiene que ver con la personalidad, ese "machismo", pero a la vez advierte que es sociológico -¿porque el sujeto activo realiza su conducta en un contexto determinado?-) ni con el requerimiento de que esté, siquiera de forma "latente, subliminal o larvada" una "querencia objetivable" "dimanante de la propia objetividad de los hechos". ¿Cómo aterrizar estos conceptos a

lo que está sucediendo? ¿Cómo comprobar esa latencia, ese ánimo, y esa supuesta “objetividad” de los hechos?⁴⁷

Comprobar el contexto de sometimiento de la mujer demuestra como lxs juecxs están convencidos del potencial discriminatorio que la ley tiene para los hombres. La incierta prueba que proponen (la del ánimo de dominar del autor o la de una relación “objetiva” de dominación que haga reconocible como machista su agresión) lo que logra es una situación de gran inseguridad jurídica, con consecuencias penológicas que afectan a las mujeres y que pueden acabar discriminándolas para el caso de no dar por acreditada su situación de subordinación⁴⁸.

Pero es más, la SAP de Álava está advirtiendo que no se requerirá “*un propósito específico*”, de esta forma:

“(…) más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio concreto. (...) no hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con

⁴⁷ Es significativo la reflexión de Larrauri, cuando indica, al respecto: “*Afirmar que la razón por la cual se agrava es porque la persona actúa con una determinada finalidad de discriminar es plausible, pero en la práctica lleva a su inaplicación. (...) si la explicación dogmática de una institución jurídica se basase en elementos de imposible prueba en un proceso, necesariamente estará fallando ya la explicación dogmática, ya la institución en cuestión. Aquello que nunca puede ser probado en proceso no puede integrar los presupuestos de una sanción penal.* (Larrauri, 2007: 131)

⁴⁸ En palabras de Bodelón, sobre las experiencias de las mujeres en el proceso judicial, refiere un epígrafe destinado a la falta de diligencia de la práctica de pruebas. En el mismo indica que las mujeres deben acreditar el hecho, incluso en las primeras comparecencias. Sin embargo, muchas no tienen ni partes médicos ni testigos, siendo que el juzgado no suele realizar una investigación de oficio, sino que espera a que sean las víctimas las que aporten las pruebas. (Naredo, Casas, Bodelón, 2012: 78).

esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (...) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.” (subrayado añadido)

De esta manera, parecería que el art. 153.1 debe interpretarse según el comportamiento general del sujeto activo (en este caso, el varón), valorando, no únicamente el hecho específico que se enjuicia, sino el contexto en el que dicho hecho se vive, pero en base a un “episodio concreto”. ¿Cómo valorar un único episodio si además, como se ha visto, el TC y las diferentes Audiencias indican *que “no se está requiriendo reiteración”*?

Es más, ¿cómo se está valorando por parte de los tribunales el comportamiento de las personas encausadas? Y ¿en base a qué hechos se considerará que se está ante violencia de género? Si la premisa principal es que se el agresor parta de unos “añejos patrones culturales”, lo que parece que se está pretendiendo es encontrar un tipo de “machista ideal”, en base a los prejuicios y pre-concepciones que tenga el juzgador respecto al machismo.

Por otra parte, considerar la segunda línea jurisprudencial (es decir, para integrar los elementos del tipo del art. 153.1 tan sólo es necesaria la condición de mujer de la agredida y la relación de afectividad sin que sea necesaria probar la existencia de un ánimo discriminatorio hacia la mujer), conllevaría siempre la existencia de un ánimo de dominación hacia la mujer.

Esta afirmación chocaría con lo que se indica en el art. 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto afirma:

"Cuando el Juez apreciara en los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente"

Lo que se deduce del artículo transcrito es que existirán actos que no constituirán expresión de violencia de género, aunque los actores del mismo sean hombre agresor-mujer víctima. Por la cual cosa, la siguiente dificultad que se encontraría es conocer qué actos son los que notoriamente no constituyen dicha violencia.

Al respecto, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la LOVG, se pronuncia sobre qué hechos no constituyen violencia de género. Según su parecer, los hechos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) actos ajenos al ámbito competencial de los juzgados de violencia contra la mujer; ii) cuando no concurra la especial relación entre los sujetos activo y pasivo de la violencia; y iii) cuando el comportamiento esté desvinculado de la específica relación sentimental y, en consecuencia, no sea predicable el prevalimiento por parte del hombre de la situación de superioridad que pueda proporcionarle dicha relación.

Ergo, si el comportamiento está vinculado a la relación sentimental, se presumirá que existe situación de superioridad por parte del hombre, cosa que no será necesaria la prueba de la motivación discriminatoria o de dominación en el ámbito de la pareja para que se dé el tipo penal específico, en opinión de la Fiscalía General del Estado.

Pero es más, cuando el poder judicial se interroga sobre los objetivos y motivaciones de la violencia de género, revela que ni entiende ni percibe la complejidad de dicha violencia, sobre todo por cuanto los busca en situaciones concretas que precipitan la agresión.

Y lo cierto es que del análisis de las sentencias llevado a cabo, lo que se comprueba es que no se toma un camino determinado, sino que se fluctúa entre considerar ese ánimo o no, según les parezca la mayor o menor gravedad de los hechos relatados (a su juicio)⁴⁹ y tanto el varón como la mujer se adecúan a ese perfil estereotipado de agresor/víctima (como se ahondará en posteriores apartados).

Pero es que además, también existen sentencias en las que ese ánimo de dominación no lo diferencian según el género de la persona que agrede, cosa que choca directamente con la previsión de la LOVG. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 218/2017⁵⁰:

“(…) el maltrato que sanciona puede definirse, en definitiva, como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes ([STS 417/2004, de 29 de marzo \(RJ 2004, 3423\)](#)) lo que viene a implicar que para que las conductas comprendidas en el vigente art 153 Código Penal puedan integrar el delito allí establecido y no las faltas que se describen, la acción deberá lesionar más allá de la integridad física y deberá ser

⁴⁹ Se puede llegar a entender que los tribunales resuelvan oscilando en sus resoluciones, por cuanto la premisa base sobre la que se mueven, a partir del TC y del TS, es que no sea automática la aplicación del art. 153.1.

⁵⁰ SAP de Pontevedra (Sección 4ª) núm. 218/2017, de 29 de diciembre (JUR/2018/50862)

"instrumento de discriminación, dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende" (Subrayado añadido)

Este especial ánimo de dominación, si se llega a la conclusión de que integra el tipo, y si se tiene en cuenta la LOVG, para que sea correcto tan sólo debería predicarse del art. 153.1, no del 153.2.

3.1.2. Relación entre el ánimo de dominación y la figura de la riña mutuamente aceptada

A partir de la subsunción de los hechos en ese particular ánimo de dominación que los aplicadores del derecho están destinados a descubrir, nos encontramos con otra división en la doctrina, en relación a la existencia de lo que la jurisprudencia trata como “riña mutuamente aceptada”.

La figura de la riña mutuamente aceptada se entiende que existe cuando hombre y mujer en un mismo momento se propinan golpes, insultos, etc, lo que la jurisprudencia considera que es recíproco y, por lo tanto, subsume en un supuesto de agresiones mutuas⁵¹.

⁵¹ En algunos casos se parte de la táctica de las denuncias cruzadas, que suponen una clara reacción, una especie de contraofensiva frente a la criminalización de la violencia sexista (Ortubay, 2015: 665). El hombre acusa a su vez, por denuncias simultáneas o porque la causa se abrió a raíz de un atestado policial por “riña mutuamente aceptada” en una pareja. (Ortubay, 2015: 655).

En palabras de Lorenzo: “No por casualidad desde que el maltrato doméstico ocasional se elevó a la categoría de delito, no ha dejado de crecer el número de denuncias recíprocas entre cónyuges que acaban en condena tanto para el hombre como para la mujer.” (Lorenzo, 2008: 358).

El Consejo General del Poder Judicial advierte sobre la necesidad de cribar la razonabilidad de la denuncia cruzada como filtro antes de imputar a quien comparece como víctima, y esto en base a la exposición de motivos de la LOVG, que refiere: “Desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer.” (Consejo General del Poder Judicial, 2013: 158).

De esta manera, la riña mutuamente aceptada se construye, para la jurisprudencia, a partir de “*relaciones conflictivas*” (SAP de A Coruña 406/2018⁵²). Esto es, se tratará, para el derecho penal, de dos “contendientes”⁵³ que se pelean.

Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, si a partir de los hechos las Audiencias llegaban al discernimiento de que existía violencia física cruzada entre ambos cónyuges, esto suponía, en general, dos caminos:

- a) si se consideraba que existía violencia de género, se subsumía en el art. 153 del C.P en relación a ambos cónyuges;
- b) si se consideraba que faltaba el presupuesto de dominación o subyugamiento, se resolvía considerando que se trataba de en una falta de los artículos 617⁵⁴ o 620

⁵² SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 406/2018, de 16 de julio (JUR/2018/265817).

⁵³ En palabras de Pitch: “*Se pierde la complejidad del contexto: el lenguaje penal, la lógica penal, construyen una escena antagónica donde se enfrentan sólo dos actores, los ofensores y las víctimas, ambas, por lo menos idealmente, desnudados de cualquier otra connotación.*” (Pitch, 2009: 120). Esta abstracción es la que pretende llevar a cabo el derecho, que actúa en base a un sujeto abstracto, perfectamente autónomo, sin cuerpo y sin historia. No obstante, de características masculinas se rellena dicho ente.

Se comprueba, de este modo, la premisa de la que parte la LOVG. Tal como lamenta Lorenzo, la LOVG sigue anclada en el “*paradigma de la victimización*”, que simplifica hasta el extremo los conflictos relacionados con la pareja y los reduce a esquemas dicotómicos de “amigos y enemigos”, “culpables y víctimas”. (Lorenzo, 2008: 343).

⁵⁴ El art. 617 CP, a partir de la LOVG (por lo tanto, vigente desde el día 1 de octubre de 2004 hasta el día 30 de junio de 2015), decía lo siguiente:

«1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

CP⁵⁵, a menudo también con condena a ambos cónyuges.

Esto es, visto lo cual, puede afirmarse que la construcción de la riña mutuamente aceptada implica que ante las lesiones que presenten ambos miembros de la pareja, se va a llevar a cabo una lectura al margen del desvalor del que pretende dotarse a la violencia de género a partir de la LOVG, para pasar a considerar que dichas lesiones o amenazas son “normales” en una disputa o un conflicto en la pareja.

Es necesario poner de manifiesto que la STC 96/2008, de 24 de julio, se encarga de analizar de forma particular el caso de los malos tratos mutuos. No obstante, tampoco aporta más luz sobre dicha cuestión que la STC 59/2008, de 14 de mayo (ya referida), a la que se remite, y de la cual resume su argumentación principal (Fundamento jurídico tercero).

Dicha Sentencia del TC se limita a afirmar que ambas agresiones tienen una distinta valoración, por cuanto los bienes jurídicos que se lesionan son distintos. Con ello, está afirmando que la pena agravada es de automática aplicación en todo caso, con

⁵⁵ Por su parte, el art. 620 CP, a partir de la LOVG, queda redactado como sigue:

“Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días:

1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

independencia de la especial vulnerabilidad de la concreta mujer, y de la concreta situación en la que se produzcan dichos hechos. Con lo cual, en palabras de Acale: “*la dignidad de la mujer como persona se puede resentir, pues se presume su especial vulnerabilidad.*” (Acale, 2010: 102).

Pero, como se irá viendo, el hecho de que en diversas sentencias se interprete que existe un elemento del tipo implícito (esto es, un contexto de dominación) que la acusación debe probar que concurre, es para evitar la presunción de que cualquier conducta que cumpla los requisitos del 153.1 se subsuma comprensiva de dicho delito⁵⁶.

La cuestión no es menor, por cuanto se tratará de discernir si se considera que existe violencia de género o riña mutuamente aceptada (con el desvalor añadido de considerar que los hechos, si se trata de violencia de género, son actos de discriminación y, por el contrario, si se resuelve como riña, se considera la violencia bajo el paraguas de los actos normalizados). Lo que lleva, a veces encubierto bajo el complejo problema de las “agresiones mutuas” que queden ocultos actos defensivos de la mujer que terminan siendo inculpatos (volveremos sobre esto en el apartado dedicado a la legítima defensa).

Como ejemplos de Audiencias que abrazan la interpretación de la subsunción en el art. 153, según exista ánimo discriminatorio, o en una falta, si no existe este ánimo (antes de

⁵⁶ En opinión de Larrauri, sobre el elemento que debe probarse, no es tanto el ánimo o móvil, pues ello es sumamente difícil. Se trata más bien de probar que la agresión tiene por finalidad establecer un control general coercitivo. (Larrauri, 2009: 14)

la entrada en vigor de la LO 1/2015), nos encontramos con la SAP de Valencia 114/2015⁵⁷, que se transcribe parcialmente:

“A nuestro entender, son dos supuestos claramente diferenciables la comisión de las conductas descritas en el art. 153 y en el art. 617 del C.P., según que las mismas aparezcan como una manifestación de una situación de poder, sometimiento o dominación en la que el miembro más fuerte de la relación familiar (o análoga o asimilada) despliega la violencia física o psíquica sobre el miembro más débil de la relación. Dado que la ley penal sigue posibilitando las dos alternativas calificatorias, y que la agravación penológica que contiene el art. 153 del C.P. surgió en función de los conceptos de violencia doméstica y de género, nos parece procedente restringir la aplicación de la calificación más grave (el art. 153 del C.P.) a los supuestos en que la conducta constituye una manifestación de alguno de dichos tipos de violencia, merced a la interpretación restrictiva del precepto que aquí se mantiene.

(...) entre los integrantes de la pareja existió un enfrentamiento físico recíproco con el resultado consignado. La agresión parece corresponder a una situación de enfrentamiento mutuo como resultado de la oposición de las dos personalidades encontradas. Es por ello, por lo que entendemos más correcta calificar los hechos como una falta del [artículo 617.2 del Código Penal](#).”

Al respecto de dicha sentencia conviene referir dos cuestiones: la primera, el hecho que, de nuevo, el art. 153 se utiliza de forma general (existe “un agresor” y “un agredido”),

⁵⁷ SAP de Valencia (Sección 1ª), núm. 114/2015, de 24 de marzo (JUR/2015/124980)

sin especial consideración al género de las partes; y, en segundo lugar, se fija en las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer, considerando que la violencia vertida se trata de “*una oposición de personalidades encontradas*”

En el mismo sentido, la SAP de Pontevedra 218/2017, ya citada, refiere lo siguiente:

“(…) el delito del art. 153 está pensado para aquellos supuestos en los que las acciones típicas se despliegan por el sujeto activo contra cualquiera de los sujetos pasivos relacionados en aquél, es decir, para los casos en que existe un agresor y un agredido, pero no para aquellas hipótesis en que se produzca una situación de riña mutuamente aceptada, donde los intervinientes sean a la vez agresores y agredidos, pues en tales casos perdería todo sentido la aplicación simultánea a ambos del abanico de medidas protectoras a las que alude el legislador en la Exposición de Motivos de la referida L. O. 11/2003”. Por ello, también hemos venido insistiendo en la necesidad de atender al caso concreto para valorar la conducta del acusado o acusados.

(…)

Y, en el presente caso, de los hechos probados tan solo se infiere la existencia de una riña mutuamente aceptada entre Lucía y Arcadio cuando se hallaban en el domicilio del segundo, ambos discutieron y en el transcurso de esa discusión, se agredieron recíprocamente, originándose unos resultados lesivos leves y similares para ambos, que son a la vez agresores y agredidos. Nada dice la resolución recurrida acerca de las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer que protagonizaron el hecho objeto de enjuiciamiento, y tampoco consta con claridad el motivo de la discusión habida entre ambas personas en cuanto desencadenante de la mutua agresión, aun cuando pudiera

estar en la propia ruptura sentimental, circunstancias que pudieran haber arrojado luz acerca de la necesaria situación de desigualdad para la aplicación del tipo penal que reclama el Ministerio Público. Dicho de otro modo, del factum de la resolución recurrida no se desprende que la agresión descrita estuviera presidida por cualquier idea de dominación o subyugación que hubiera justificado la aplicación del tipo previsto y penado en el art 153 del Texto Punitivo

(...)

En supuestos de agresión recíproca y mutuamente aceptada consistente en forcejeo y empujones entre dos miembros del matrimonio, establece que merece la calificación de falta de maltrato del art 617,2 del CP por desarrollarse en situaciones de igualdad entre ambos (...)

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

Varias cuestiones a comentar de la misma:

- 1) En el mismo sentido que la anterior, el art. 153 se utiliza sin especial consideración al género de las partes.

- 2) Al tratarse de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 2015, por cuanto el art. 617, relativo a las faltas, está derogado, se condena a ambos por un delito del art. 147.2 a un mes de multa, a 5 euros diarios. Por lo tanto, al margen del articulado en relación a la violencia de género.
- 3) La atención al caso concreto para valorar la conducta, por lo tanto, se evidencia que se busca, por parte del juzgador, ese especial ánimo dominador (parece que por parte de ambos),
- 4) Equipara las lesiones, en abierta oposición a lo manifestado por parte del TC.
- 5) Se fija en el motivo de la discusión, cuando esto no es relevante, para investigar una posible *“situación de desigualdad”*.
- 6) Ante la falta de datos respecto a estos extremos (motivos y características físicas y temperamentales), la Audiencia se decanta por considerar que existe riña mutuamente aceptada.
- 7) Se introduce un elemento de interpretación que no consta en la norma a aplicar: el hecho de que se parte de la consideración de que *“la agresión”* se desarrolle *“en situaciones de igualdad”*. De este modo, se parte de que no toda acción de violencia en el seno de la pareja del que resulte un tipo de lesión para la mujer, debe considerarse automáticamente como violencia de género del 153.1 del CP, sino cuando se esté ante una *“manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...”* que refiere el

art. 1.1 de la LOVG.

De esta forma, se contraponen dominación a igualdad, como si fuera una ecuación exacta⁵⁸. Y de hecho se asume que es así, por cuanto, por ejemplo, desde el Consejo General del Poder Judicial se afirma que: *“los miembros del Poder judicial han de conocer que la violencia doméstica es un señalado obstáculo para la realización del principio de igualdad entre hombres y mujeres.”* (Montalbán, 2004: 71).

Sobre esta supuesta “situación de igualdad”, puede citarse también la SAP de Castellón 292/2010⁵⁹, que aplica el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 25/1/08 (RJ 2008, 1563⁶⁰), y que entiende que se trata de que existe un único episodio de agresión mutua, “en una posición de igual a igual” con la consiguiente aplicación a ambos de una falta de lesiones del art. 617.1 del Código Penal.

⁵⁸ Cigarini afirma: *“El pensamiento político y jurídico masculino se ha quedado encallado en la relación igualdad-diferencia, en el funcionamiento de la democracia numérica, en la extensión de los derechos sin la capacidad de crear los instrumentos y las instituciones para ejecutarla, de manera que las proclamaciones del Derecho carecen de veracidad.”* (Bodelón, 1998:201)

⁵⁹ SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 292/2010, de 15 de julio (ARP/2010/1212).

⁶⁰ Es significativo que se cite dicha sentencia del Tribunal Supremo, por cuanto la misma cita una Sentencia de la Audiencia de Barcelona que considera los hechos como ‘agresiones mutuas’, cuando de los mismos se constata que las agresiones se producen, en una ocasión, porque al hombre no le gusta la ropa que lleva su pareja femenina, y en otra, porque ella se niega a tener relaciones sexuales (y con el precedente de que el año anterior él la había rociado con alcohol y le había prendido fuego). Antes estos hechos, la Audiencia encuentra una *“pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja”*.

8) Se parte de que el machismo es cosa de “culturas”⁶¹, contraponiéndolo a una discriminación estructural.

A partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, puesto que se derogan los artículos relativos a las faltas, y los hechos pasan a ser constitutivos de delito, ya exista ánimo o no de dominación, ante la existencia de “riña mutuamente aceptada” se subsumirá a ambos por el delito del art. 153 CP. Esta doble condena igualará las conductas de ambos miembros de la pareja.

Es el caso de la SAP de Granada 429/2018⁶². En la misma, se declaran probados los hechos por los cuales un matrimonio inició una “*discusión en el curso de la cual Aurelio dio dos bofetadas a Margarita y ésta le arañó en el rostro.*”

Ante estos hechos, la Audiencia de Granada considera que existe una “riña mutua” y condena a ambos como autores “*de un delito de malos tratos*” del art. 153, el primero a nueve meses de prisión (con circunstancia modificativa atenuante de alcoholismo) y la

⁶¹ Me gustaría referir un apunte en relación a la cuestión de que la “universalidad” del fenómeno de la violencia de género. Si bien se comparte esta afirmación a priori, debe ponerse de manifiesto que el riesgo de sufrir violencia no es el mismo en una pareja económicamente acomodada y con un nivel cultural elevado que en el seno de una familia en situación social marginal. En este sentido, se está totalmente de acuerdo con Larrauri, cuando indica: “*el derecho penal opera de forma selectiva y no castiga a “los” hombres sino fundamentalmente a los hombres que no pertenecen a una determinada raza y clase social.*” (Larrauri, 1995: 174)

Y es que los feminismos no pueden obviar, además del género, otros ejes de discriminación que conviven en las sociedades capitalistas, como la clase, la raza, la etnia, la edad, el capacitismo, la nacionalidad y otros elementos basados en las relaciones de poder.

⁶² SAP de Granada (Sección 2ª), núm. 429/2018, de 10 de septiembre (JUR/2019/5342).

segunda a seis meses de prisión; lo cual nos lleva al absurdo de considerar que existe violencia de género, y, a la par, una riña mutuamente aceptada.

3.1.3. La posible invisibilización de los malos tratos habituales

Al aplicar el artículo 153.1 (o, como se ha visto, el articulado dedicado a las faltas), se crea un posible riesgo, y es la invisibilización de violencia habitual sobre la mujer, penada en el art. 173 CP. Dicha opacidad se puede observar en diferentes descripciones de los hechos que llevan a cabo diversas sentencias, en las cuales se dejan apuntadas referencias a otros momentos agresivos, pero no se concluye nada sobre los mismos, lo que lleva a fragmentar la experiencia de violencia de las mujeres, y a minimizar su impacto.

Valga como ejemplo, el relato de los hechos de la SAP de Cuenca 96/2006⁶³, que indica:

“Luis empujó a Paloma airándola sobre la cama, comenzando a golpearla, y en el curso de la discusión Paloma mordió en el brazo a Luis y le lanzó un PDA, y todo ello en presencia de la hija menor de Luis, fruto de esta disputa mutua resultaron lesionados ambos (...)” (Subrayado añadido)

En este concreto caso se alegaba la aplicación del artículo 173 CP, y tanto el juzgador de instancia como la Audiencia no sólo no entran a valorar la posible aplicación del artículo, como maltrato habitual, sino que de la descripción de la agresión como “un

⁶³ SAP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 96/2005, de 5 de diciembre (JUR/2006/8601).

empujón” y “airándola sobre la cama” nos demuestra como minimiza la gravedad del hecho en sí, lo que termina en una condena a él por el art. 153 y a ella por el art. 153.2; siendo, además, de forma dramática, que la pena de 9 meses de prisión es idéntica para ambos⁶⁴.

Tal y como indica Larrauri, *“Una de las cuestiones que advierten las personas que trabajan en el sistema penal es que, debido a la menor dificultad procesal del delito de malos tratos ocasionales (art. 153), éste cumple la función paradójica de evitar que algunos casos graves sean procesados por el tipo penal de violencia continuada.”* (Larrauri, 2007: 108).

Pero es más, ante hechos que el juzgador podría subsumir en violencia habitual, ya no es que no se aplique dicho delito, sino que tampoco se considera que se puedan subsumir los hechos en el delito del art. 153 CP.

Es el caso, por ejemplo, la SAP de Burgos 18/2013⁶⁵, en la que en la descripción de los hechos se pone de manifiesto lo siguiente: *“la pareja tenía frecuentes discusiones y que, en ese contexto, el 14 de enero de 2007, se produjo una nueva discusión en el curso de la cual ambos se golpearon mutuamente (...) el 13 de abril del mismo año, el acusado trató de matar a su pareja, por lo que en la misma sentencia ha sido condenado como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa”*. (Subrayado añadido)

⁶⁴ Es fundamental referir que en la mayor parte de sentencias analizadas, la condena es idéntica para ambas partes, siendo que incluso existen ejemplos de mayor penalidad a la cónyuge mujer.

⁶⁵ SAP de Burgos (Sección 1ª) núm. 18/2013, de 17 de enero (JUR/2013/54020)

Ante este relato de hechos, se indica que ambos resultaron con lesiones, que precisaron de una primera asistencia y curaron a los cinco días, las de ella, y a los seis días, las de él, lo que se considera como una riña mutuamente aceptada en el siguiente sentido:

“Que la mutua agresión descrita en el factum no parece responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró el vigente texto del artículo cuya falta de aplicación se denuncia.”

Lo que no deja de sorprender, por cuánto si lo que debe comprobarse es ese “especial ánimo” o, en palabras del TC, siquiera de forma “*latente, subliminal o larvada*” una “*querencia objetivable*” “*dimanante de la propia objetividad de los hechos*”, ¿no demuestra ese ánimo para poder aplicar el art. 153.1 o, en todo caso, el delito de violencia habitual, ya que existe una condena por tentativa de homicidio?

Lo que es todavía más sobrecogedor es que a él lo condenan por una “*falta de lesiones*” del art. 617.1 a 6 días de localización permanente y a ella por una “*falta de maltrato*” (se desconoce si es un lapsus del juzgador o es totalmente buscado el hecho de subsumir la conducta de ella como “maltrato” y la de él como “lesiones”) a 2 días de localización permanente, por una falta de injurias a 4 días de localización permanente y a una falta de amenazas a otros 4 días de localización permanente (lo que lleva a sumar 10 días).

Por lo que no sólo la “mutua aceptación” o “riña impuesta” se puede silenciar violencia habitual sobre la mujer⁶⁶, sino que nos traslada la idea de que, para que pueda

⁶⁶ Sobre la aplicabilidad del art. 173.2, en relación a la violencia habitual, Montalbán se hace eco de una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, que refiere lo siguiente: “*No pueden concurrir para*

reconocerse la aplicación del art. 153.1 es necesario que la mujer no se defienda con una agresión (se irá volviendo sobre esta cuestión, piedra angular de la crítica que se lleva a cabo en la presente investigación).

La urgencia por criminalizar con penas actos leves de maltrato desincentivaría a los tribunales a investigar las situaciones graves de violencia que podían quedar escondidas detrás de la primera denuncia de malos tratos, consolidando una inercia judicial perversa y peligrosa para la seguridad de las mujeres. (Maqueda, 2010: 7).

Uno de los problemas está residiendo, entonces, en una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acaba por calificar como simples faltas muchas situaciones graves de violencia habitual que permanecían ocultas tras un aparente episodio aislado de maltrato (Laurenzo, 2008: 339). Lo que sucedió con la reforma de 2003, al convertir la falta de maltrato en delito, fue replicar esa inercia, esta vez a través del art. 153, mucho menos complicado en términos probatorios, acabando de arrinconar definitivamente el delito de violencia habitual.

A mayor abundamiento, y valga como apunte en el mismo sentido, existen serias deficiencias en la investigación judicial en los casos de violencia psicológica⁶⁷, sexual o

integrar el tipo aquellos actos de violencia física que hayan sido previamente castigados, por infracción del principio “non bis in idem”, lo que hace que la operatividad práctica de este precepto sea uno de los puntos más criticados, pues la habitualidad en las violencias será muy difícil de acreditar si las anteriores no fueron denunciadas y en el caso de que lo hayan sido y hayan sido objeto de enjuiciamiento y sanción, este principio impide que sean nuevamente penadas.” (Montalbán, 2003: 91 y 92).

⁶⁷ Al respecto, Benítez Ortúzar refiere que la violencia psíquica tipificada en el art. 153 abarcaría un amplísimo abanico de modalidades comisivas, sin que, según su parecer, pueda darse una definición

de violencia habitual sin lesiones físicas recientes, denunciadas por Amnistía Internacional (Ortubay, 2015: 651). De hecho, de la totalidad de sentencias examinadas, la violencia se ha tratado a partir de lesiones físicas, sin ningún otro tipo de análisis por parte del juzgador.

Dicha cuestión no es menor, por cuanto no investigar aquellas violencias *que no dejan marca*, significa una vulneración por parte del Estado de su obligación de debida diligencia en prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, contemplada dicha obligación en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁶⁸ (Heim, 2014: 122).

Como ejemplo de que el juzgador espera una lesión específica y, por lo tanto, no sólo limita la violencia de género a un determinado resultado que debe comprobarse a partir de lesiones físicas, sino que supedita dicha violencia de género a una agresión física, lo encontramos en la SAP de Álava, 232/2014⁶⁹, cuando indica:

“Lo relevante es que, con independencia del concreto motivo origen de la situación conflictiva puntual, se produzca “la reacción de dominación” por

concreta de la misma. No obstante, afirma, la posibilidad de establecer, en sentido contrario, qué conductas no podrían incluirse: *“aquéllas que no presentan ni el más remoto peligro a la salud mental del sujeto pasivo”*. (Benítez Ortúzar, 2006: 21).

No obstante, se interpela al autor, en el sentido, aunque esto pueda parecer una buena idea, lo cierto es que se está poniendo el foco en las características psicológicas de la víctima- superviviente (cómo vive ella la/s agresión/es) para poder inferir si se está poniendo en peligro su *salud mental*. Y, de paso, vuelve a hacerse depender este extremo del informe médico.

⁶⁸ ONU, 1993, art. 4.

⁶⁹ SAP de Álava (Sección 2ª) núm. 232/2014, de 11 de junio (JUR/2014/246785).

parte del hombre sobre la mujer, reacción de dominación en la voluntad de imponer el hombre su criterio empleando la violencia física sobre la mujer.”

(Subrayado añadido)

Cosa que demuestra que la jurisprudencia restringe la dominación a la prueba de la existencia de violencia física.

3.1.4. Interpretación teleológica e interpretación *in dubio pro reo*

Otra cuestión a señalar es la aplicación de un principio básico del Derecho penal, como es la interdicción de la interpretación de la norma penal contra reo, así como el uso del criterio de interpretación de la norma a partir de la realidad social en la que se aplica, principio originario de la normativa civil.

Sobre estas cuestiones, la SAP de Burgos 18/2013, ya citada, afirma lo siguiente:

“(...) hemos de tener en cuenta que "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 aquéllas", y que, "las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas" (...) En definitiva, pues, la interpretación de la ley penal debe ser estricta, sin que pueda ser aplicada, en ningún caso, con criterios de analogía "in malam partem", lo cual no es óbice, sin embargo, según reiterada jurisprudencia, para que, en el ámbito penal, quepa la analogía "in bonam

partem" y sea posible la aplicación del principio "favor pro reo". (Subrayado añadido)

Dos cuestiones al respecto, y varias contradicciones que se advierten:

La primera cuestión: sorprende la utilización del criterio teleológico de interpretación de la norma, que indica que la misma deberá aplicarse según el contexto, por cuanto, tanto en la sentencia parcialmente transcrita como en la gran mayoría de sentencias analizadas, se cita la Exposición de Motivos de la LOVG, que refiere, rememoremos, que la violencia de género *"se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad"* y, no obstante ello, se rehúsa la aplicación del art. 153.1.

Es decir, si se está afirmando a partir de la LOVG que nos hallamos en un contexto social que discrimina estructuralmente a las mujeres, sometidas mediante violencia, y se parte de que la norma penal es una buena garantía de evitación de comportamientos censurados, ¿por qué razón los juzgadores son tan reacios a considerar la existencia de dicha violencia de género?

La segunda cuestión, es la referencia a la no aplicación de la analogía contra reo. Recordemos que los hechos probados de dicha sentencia fijan que la pareja tenía frecuentes discusiones, en las que en una de ellas ambos *"se golpearon mutuamente"*, y meses más tarde, el acusado trató de matar a su pareja. Recordemos, también que ante este relato de hechos, el juzgador considera que se está ante una riña mutuamente aceptada. No hace falta decir mucho más para ver cómo la Audiencia, en la sentencia que ahora se comenta, se contradice, por cuanto sí está aplicando la norma contra reo, esto es, contra la imputada, presumiendo que ésta no se defiende, sino que agrede.

En idéntico sentido, la SAP de Castellón, 292/2010, que argumenta que, puesto que “*no hay presunción alguna contra reo*” al juzgador se le ha de presentar como “*indudable*” que la situación probada se puede circunscribir como violencia de género, con la siguiente consecuencia:

“Las dudas que al respecto surjan no podrán actuar contra el acusado, sino beneficiar a éste; y no podrán traducirse sino en la inaplicación del art. 153.1 del C. P., y en la subsunción del hecho en la falta del art. 617 del C. P.”
(Subrayado añadido).

Esta misma contradicción se ve de la aplicación de la propia norma, puesto que se evita imputar al varón por el 153.1 cuando se está diciendo que históricamente esa dominación existe “socialmente”. De hecho, se acaba condenando a ambos por la falta del art. 617.1 a 6 días de localización permanente.

Por lo tanto, no se sabe si el criterio “teleológico” realmente se está aplicando, y qué es lo que se considera que son las conductas que el legislador pretende proteger. Realmente parece que se desconoce la envergadura de la violencia de género y machista y ese “*tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto*” (como se arguye en la SAP de Burgos 18/2013, ya citada) parecen revelar que la jurisprudencia está minusvalorando o restando importancia a la violencia de género, y, además, que la están vinculando únicamente a las muertes y las agresiones físicas más graves.

3.1.5.- Contrapunto a la especial dominación: el miembro débil (de la pareja)

La hipótesis que se ha ido barajando y que ha ido tomando forma, tal como se ha puesto de manifiesto, es que si la mujer se defiende, los tribunales consideran que existe riña mutuamente aceptada, con la aplicación de la falta del art. 617 (hasta su derogación) o la aplicación del 153.1 junto con el art. 153.2, lo que conlleva desvirtuar la especial protección que parece querer brindar a las mujeres la LOVG y resulta incoherente, puesto que, si el fundamento de la Ley es conseguir una mayor prevención para el colectivo subordinado, entonces, no podría atribuirse a todos los eventuales autores, sino sólo a los que forman parte del colectivo dominante. (Larrauri, 2009: 7).

Esto es, el estudio del 153.1 en la aplicación de las Audiencias, nos revela que, para poder considerar su aplicación, y ese “ánimo de dominación” se nos debe presentar una “víctima perfecta”: una víctima inocente, apropiada; una mujer que no responde a la agresión de forma física, que no se defiende de la misma, que necesita protección. Una mujer sin agencia.

En palabras de Cabruja: *“Romper la construcción de la feminidad en una sociedad patriarcal y estructurada en la desigualdad sexual y de género supone un alto precio para las mujeres. Puesto que continúa presente un tabú, el de la expresión de la cólera: ¿cómo puede enfadarse una mujer?”* (Cabruja, 2007: 165 y 166)

Pues bien, en este subapartado se pretende ahondar en el concepto que manejan los aplicadores del derecho, en relación al “miembro débil” de la pareja, relacionado estrechamente con esa concepción de víctima que toleran los tribunales.

Conviene recordar que el hecho de interpretar la violencia de género desde el punto de vista del derecho penal simplifica la violencia en conceptos bipolares: agresor/víctima o

dominador/débil, y es la estructura que nos presenta la jurisprudencia, siendo que la mujer ostenta el extremo de la dualidad más desvalorizado y estereotipado.

En este sentido se pronuncia Larrauri, cuando refiere: *“Ha sido puesto de relieve por numerosas estudiosas feministas (Olsen, 1990) que el mundo se estructura en dualismos (racional/irracional; abstracto/concreto; objetivo/subjetivo; pasivo/activo; agresivo/afectivo). Sin embargo ambas partes de la dualidad no gozan del mismo valor. (...) a las mujeres se les atribuye las características asociadas con la parte de la dualidad más devaluada. (...) También del derecho se predicán estas características, las asociadas con el lado masculino de estos dualismos.”* (Larrauri, 1995: 161.)

Como se ha visto, para que se considere a la mujer víctima de violencia de género, será necesario que su comportamiento se adecue al estereotipo basado en la inacción. Lo contrario significará un juicio de culpabilidad.

Esto es, en palabras de Macaya: *“Víctima o culpable, es la dicotomía de los posibles propuesta por el sistema legislativo en una distribución de papeles perversa, en la cual, las mujeres pueden ocupar uno u otro lugar, más allá de sus acciones, en función de que sus motivaciones avalen en mayor o menor medida los valores del sistema.”* (Macaya, 2013: 35).

Vamos a pasar a ver ejemplos de lo dicho. En la SAP de Pontevedra 218/2017, ya citada, los hechos probados son como siguen:

“Lucía se acercó a casa del acusado a recoger una mochila y, estando Arcadio acostado en el sofá, con ánimo de menoscabar la integridad física de ésta, le dio

un golpe en la cara. A continuación comenzaron a discutir y Arcadio le dijo a Lucía que estaba grabando la conversación, cogiéndole esta el teléfono móvil y respondiéndole el acusado muy alterado que tenía tres segundos para devolvérselo, comenzando un forcejeo en el que ambos se agarraron arañaron (sic) mutuamente. Como Lucía no le devolvía el teléfono el acusado la tiró sobre el sofá y, con ánimo de menoscabar su integridad física, la agarró por el cuello, le hizo bajar la cabeza y la obligó a agacharse haciéndole presa contra el sofá.”

Ante estos hechos la sentencia de instancia los condenó a ambos como autores responsables de un delito de lesiones del 147.2 del CP⁷⁰, a lo que se alzó el Ministerio Fiscal para solicitar la condena a él como autor de un delito del 153.1 y 3 y a ella como autora de un delito del 153.2⁷¹. No se admite el recurso del Ministerio Fiscal, con el presente argumento:

“pues es evidente que esta norma penal (trata el artículo 153, en general) ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, tratando, en definitiva, de proteger la dignidad de la persona en el seno familiar”
(Subrayado añadido).

⁷⁰ Se debe recordar que la LO 1/2015 está en vigor. Por lo tanto, no se aplicará, para la consideración de la riña mutua, el art. 617 del CP, sino el artículo genérico dedicado a las lesiones, que si bien trata un delito, lo hace desvinculado de la violencia de género.

⁷¹ Recordemos que según criterios del Ministerio Fiscal, cualquier agresión que cumpla los elementos del tipo (hombre-mujer y relación de pareja entre ambos) deberá ser tratada como delito vinculado a la violencia de género y, cuando sea el caso, a la violencia doméstica.

Sobre la dignidad de la persona en el ámbito familiar volveremos en el siguiente apartado. De momento, interesa destacar el hecho de que se niega que en una situación en la que ella se defiende (a saber, coge el móvil), se la considere el “miembro débil” y, por lo tanto, la Audiencia no aprecia que pueda aplicarse el 153.1, condenando a ambos por lesiones del art. 147.2 CP.

Este estereotipo de mujer que responde físicamente, *con su cuerpo*, a un ataque, quebranta la normativa de género, con la consecuencia de que, al no ser considerada “débil”, deja de encajar en *la sujeto* de la LOVG que para los tribunales requiere protección.

La misma SAP de Pontevedra 218/2017, continúa:

“... la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibile, habrá de ser, dice el Alto Tribunal, el Tribunal sentenciador el que (...) establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracterológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes”⁷².” (Subrayado añadido)

⁷² Lo que nos lleva a plantearnos a qué otros motivos puede obedecer la violencia utilizada por el hombre en el ámbito de la pareja, más allá del poder y la dominación.

¿Cómo se comprueba esa “*relación de sumisión, dominación o sometimiento*”, más que con una serie de actuaciones por parte del agresor, como se ha visto, pero también, y sobre todo, por una *falta de acción* de la que debe configurarse en la parte del espectro reservada a la sumisión?

Esa relación debe comprobarla el juzgador, a partir, como el mismo indica (a partir de la jurisprudencia del TC y del TS), de un determinado “*componente sociológico y caracteriológico*”, basado en la presunción de que el cónyuge masculino- agresor debe encarnar un perfil específico de masculinidad y la cónyuge femenina un determinado perfil de feminidad. Es la única forma de que parezca plausible para el juzgador que existe ese ánimo dominador, y resolver conforme al 153.1, y no a una supuesta riña mutua en plano de igualdad.

Sobre el componente sociológico de la mujer (y en mayor medida si ésta es menor), se va a medir su comportamiento a su adecuación a los códigos sociales. Por lo tanto, de la mujer va a prevalecer su conducta social, más que su descripción psíquica, en la adaptación de su comportamiento a lo esperado.

En este sentido, la SAP de Segovia, 13/2015⁷³. En dicha sentencia se describen los antecedentes de hecho como sigue:

“La Menor Yolanda convive con sus padres en Segovia. No se observan signos de riesgo social. Estudia un PCPI de peluquería. Ha repetido en dos ocasiones, ha tenido problemas de absentismo sin llegar a ser expulsada. Se observa trayectoria escolar deficiente y ocio desestructurado. Manifiesta satisfacción

⁷³ SAP de Segovia (Sección 1ª), núm. 13/2015, de 14 de mayo (JUR/2015/148918)

con las relaciones familiares existiendo confianza con sus padres. Ha sufrido una situación de malos tratos con la pareja al que se refieren los hechos del presente expediente. Todo ello, según informe del Equipo Técnico de este Juzgado que obra en las actuaciones."

No se acierta a entender la necesidad de dejar constancia de dichos datos, en relación a la menor (además, no existe dato parecido respecto al co-acusado). Se ve que la historia de las relaciones sociales de la procesada (exclusivamente de ella)⁷⁴ están presentes en el enjuiciamiento de su conducta actual.

De esta forma, y en palabras de Fernández, los hechos se califican *"de acuerdo a criterios sociológicos de adaptación o inadaptación a los roles correspondientes, según el reo sea hombre, mujer, joven o adulto. (...) Estas descripciones de la víctima juegan un papel importante en la calificación de los hechos, poniendo en general a los juzgadores en mejor situación para comprender los actos de agresión producidos y, por tanto, hacer inferencias sobre la maldad, injusticia o desproporción de sus actos."* (Fernández, 1988: 38)

En el mismo orden de cosas, y en palabras de Larrauri: *"La violencia ejercida por las mujeres en el seno de la familia se distingue por el contexto en el que se interpreta, tiende a ser más visible, puesto que es una infracción de su rol como mujer, en tanto que la del hombre tiende a ser minimizada, puesto que puede ser vista como una reafirmación de su rol como cabeza de familia."* (Larrauri, 2007: 21)

⁷⁴ Se observa la doble censura: por ser mujer y por ser mujer menor. En palabras de Bodelón, *"las chicas jóvenes tienen más posibilidades de experimentar la sanción o la censura moral mediante mecanismos de control formal o informal."* (Bodelón, 2003: 462).

Además, en este caso en concreto, a la menor Yolanda se la declarará autora responsable de un delito de lesiones del art. 153.2 (como se ahondará y se volverá sobre ello en el apartado dedicado a este concreto sub-artículo), con la imposición de una medida de realización de tareas socioeducativas⁷⁵ por tiempo de nueve meses y la prohibición de aproximarse al co-acusado a menos de 200 metros durante un plazo de 12 meses.

Por otro lado, y en el mismo orden de cosas, relacionadas con la debilidad de la mujer, apuntar que parece que la jurisprudencia tendrá más en cuenta si quién “inició el acometimiento físico” es la mujer, aunque parezca que no se pone de acuerdo en esta cuestión.

De esta forma, será fundamental la búsqueda del origen de la discusión para determinar si existe riña mutuamente aceptada o una relación basada en la dominación. Al respecto, la SAP de Álava 220/2015⁷⁶, que indica lo siguiente:

“(…) hemos de tener en cuenta que (…) es la acusada la que lleva a cabo el primer acometimiento, nada más que el acusado abrió la puerta, y no se puede

⁷⁵ Es necesario poner de manifiesto que la sentencia que se revoca la condenaba por una falta de amenazas con una amonestación, en la que se indicaba: “*por ser la medida más adecuada a sus circunstancias actuales y como medio para que reflexione sobre lo inadecuado de su conducta.*” (Subrayado añadido).

Muy al hilo de la conclusión que sugiere la sentencia (y la de instancia), lo que refiere Macaya: “*Adscrito a la esencia femenina, cuando esta sobrepasa los límites sociales, víctima de un fracaso en su socialización que debe ser tratado y constreñido por instancias médicas, educativas o punitivas.*” (Macaya, 2013: 55)

⁷⁶ SAP de Álava (Sección 2ª), núm. 220/2015, de 23 de junio (JUR/2015/208396).

mantener que tal conducta sea racional o razonable, porque, aunque aceptáramos a efectos dialécticos que tal acción fue humillante (reiterando que no se debió fundamentalmente a la conducta del acusado), no justificaba una agresión con la virulencia o fiereza que mostró la acusada. Podría tal vez haber sido razonable en un plano emocional y humano que le hubiese dado un tortazo o bofetón, pero no que "le golpee" y "le muerda con el resultado lesivo que consta en los hechos probados". (Subrayado añadido)

Varias cuestiones a referir al respecto:

En primer lugar, como se ha avanzado, es la primera sentencia en la que se toma como elemento incriminatorio el origen de la agresión, en palabras de la Audiencia “el primer acometimiento” y, además, referido al momento de la *acción física* que, justamente, tiene lugar por parte de la mujer⁷⁷.

En segundo lugar, el juzgador destaca la agresión por parte de la acusada de “virulenta” y “fiera”, llevando a cabo una presunción de lo que debería haber sido una conducta racional. Y éste es uno de los presupuestos básicos que emanan de la aplicación normativa: la relación entre racionalidad e irracionalidad, siendo que los hechos para el derecho deben tener un planteamiento lógico racional de los sujetos que lo ejecutan (la parte de la ecuación en la que se sitúa el hombre), de tal forma que la mayoría de sus clasificaciones se basan en la intención racional de cometer el hecho en sí.

⁷⁷ En este mismo sentido, la SAP de Álava 313/2015 que se pronuncia de forma estereotípica en cuanto la mujer no puede ser violenta e “inicia la pelea”: *“Es la mujer la que inicia la pelea, que en última instancia, es una riña mutuamente aceptada, aunque los golpes no tengan simultaneidad absoluta, porque más bien pega la acusada primero y luego responde agresivamente el acusado.”* (Subrayado añadido)

Esta extrapolación acrítica de la acción olvida, por lo tanto, los motivos psicosociales que influyen en el sujeto para la ejecución del hecho, sin que haya necesidad de considerar la acción como irracional.

Pero la SAP de Álava 220/2015 alega otras cuestiones interesantes de señalar, como son las siguientes:

“(...) la propia acción- pelea entablada, especialmente cómo empezó; la entidad de las heridas provocadas a la Sra. Ángela por parte del acusado (que podrían haber sido mayores), el comportamiento de la acusada posterior, no presentando denuncia ni lo que es más relevante acudiendo al médico forense, (...) podemos concluir que no hubo tal intención de sometimiento o dominación.”

Sobre el párrafo precedente comentar, en primer lugar, que el hecho de referir que las agresiones de él hacia ella “*podrían haber sido mayores*”, y que dicha afirmación se utiliza para no aplicar el 153.1, nos lleva a pensar que la Audiencia lo que está valorando y presumiendo es que en él no existe “dolo de lesionar”.

Las asunciones que rodean el comportamiento del hombre, tienden a negar que en él exista dolo. Un indicador del mismo es considerar que, en palabras de Larrauri, “*Si el hombre hubiese querido verdaderamente matarla, lo hubiese conseguido.*” (Larrauri, 2008: 25).

Al contrario de los indicadores que se adoptan para considerar que no existe dolo en el hombre, existen otros en sentido opuesto para considerar que sí existe dolo en la mujer. El ánimo de venganza es uno de ellos. (Larrauri, 2008: 25).

Esto puede relacionarse directamente con los diferentes riesgos que deben asumir hombres y mujeres en la utilización de la violencia. Al respecto se pronuncia Macaya: *“La violencia femenina es considerada ilegítima, sobre todo si la misma se dirige a defenderse o atacar a un hombre, ya que como dice Virginie Despentes todo está escrupulosamente organizado para garantizar que ellos triunfen sin arriesgar demasiado cuando atacan a mujeres (Despentes, 2007: 41), lo cual supone un estado de absoluta inoperancia e inferioridad.”* (Macaya, 2013: 55)

Por otro lado, se pone de manifiesto de nuevo como el comportamiento de la acusada posterior es utilizado como forma de acusación. La mujer debe confiar en las instancias de poder y control social, como la policía, la medicina y el sistema penal, para ser ella misma y su comportamiento digno de confianza.

Ante esto, la SAP de Álava absuelve al condenado, que lo había sido como autor responsable de un delito consumado de maltrato a su pareja no habitual en el domicilio común, del art. 153.1, con circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con atenuante por analogía de intoxicación por ingesta previa de alcohol a 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad y le condena por una falta de lesiones a la pena de multa de dos meses. Lo trágico es que la Audiencia Provincial, a la vez que rebaja los hechos a falta, confirma el pronunciamiento en cuanto a la acusada, que es condenada por un delito de lesiones del 147.1 CP a 1 año y 6 meses de prisión. (j)

Por su parte, la Audiencia Provincial de Castellón 504/2010⁷⁸, otorga excesivo peso a un elemento no normativo de la feminidad: el alcoholismo (y que en el caso de los hombres resulta en un atenuante⁷⁹, como se ha podido comprobar en alguna de las sentencias analizadas) y acaba revocándose la sentencia en la que se consideraba que existía violencia de género del art. 153.1 del cónyuge masculino (con condena de 75 días de trabajo en beneficio de la comunidad), por cuanto se considera que las lesiones se dan “*en una situación de riña mutuamente aceptada entre iguales, ocurrida en una situación de crisis y quiebra de las relaciones familiares*”, por una falta del art. 617.1 a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 6 euros.

Pues bien, en la sentencia de instancia se contenía la siguiente relación de hechos probados:

"Ha resultado probado y así se declara que Juan María, (...) en el domicilio que compartía con su esposa María Cristina (...) mantuvo una acalorada discusión con ésta motivada por haber llegado a esas horas bebida, en el marco de la cual le propinó una fuerte bofetada en la cara al tiempo que la cogió fuertemente del brazo izquierdo (...)" (Subrayado añadido)

Los cuales se sustituyen, por los siguientes:

⁷⁸ SAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 504/2010, de 9 de diciembre (JUR/2011/121513)

⁷⁹ En palabras de Villegas, “*se acepta que el estado de ebriedad al momento de matar (frecuente en el agresor) afecta el elemento cognitivo del dolo, y podría llegar incluso a atenuar su responsabilidad penal. En cambio, otras alteraciones, como la rabia, el odio de la mujer hacia el agresor, no son consideradas como alteraciones capaces de atenuar el conocimiento y voluntad de realización. Por tanto, el dolo no se excluye y la responsabilidad penal tampoco se atenúa*”. (Villegas, 2010: 150)

“Se produjo una discusión entre el acusado d. Juan María y su esposa d^a. María Cristina, después de que esta última llegara, visiblemente afectada por el consumo de bebidas alcohólicas, (...) después de haberse ausentado toda la noche del mismo. La sra. María Cristina, en un estado de gran alteración nerviosa, le recriminaba, a voz en grito, el incidente que el acusado había tenido el día anterior con el hijo de 14 años del matrimonio. En el curso de la discusión la sra. María Cristina llegó a arañar al acusado en diversas partes de su cuerpo”. (Subrayado añadido)

No sólo se insiste en el hecho de que no ha cumplido con sus obligaciones como buena madre y esposa, puesto que las noches son para estar en casa con la familia⁸⁰, sino que la trata de “nerviosa”. Dicho comportamiento que se le atribuye sirve para llegar a la siguiente conclusión: *“cobra sentido y verosimilitud la versión ofrecida por el acusado, cuando dijo que la denunciante, fuera de sí, se dirigía a él gritando, y que le llegó a agredir.”*

En los fundamentos jurídicos se alega *“error en la apreciación y valoración de la prueba y aplicación indebida del artículo 153.1º y 3º del CP”*, y se impugna que no se refieran, en el relato de hechos probados, las lesiones que el acusado tenía, ni el hecho de que *“tampoco se ha tenido en cuenta en ningún momento el contexto en el que ocurrieron estos hechos: profunda crisis familiar motivada por la penuria económica, la adicción al alcohol de la madre, el consumo de sustancias tóxicas del hijo y los evidentes problemas psicológicos que presentan ambos progenitores, todo ello según el informe de los servicios sociales del Ayuntamiento de Vall d’Uixó obrante en autos”*.

⁸⁰ Lo que parece remitir, en palabras de Edwards, a que la mujer vive bajo “un toque de queda simbólico” (Edwards citado por Larrauri, 1994: 8).

De esta forma, se advierte como el género se entrecruza con otras variables, como la clase social, que se incorpora a la definición de la desviación femenina y sirve al hecho de la criminalización del aparato penal, que sanciona a las mujeres que, además de serlo, no disponen de poder económico y social. De esta forma, la mujer agredida vuelve a no adecuarse a lo que el tribunal considera como una mujer respetable o víctima-vulnerable, y la sanciona por ello.

Por último en cuanto a dicha Sentencia, referir que es significativo que se explicita como hechos probados que *“el denunciado rompiera a llorar”*. No se acierta a comprender qué aporta dicha afirmación, más que de nuevo se está tratando de desmontar el argumento de agresividad en el cónyuge masculino, en base a considerar que si llora, no puede ser una persona machista.

La masculinidad que se construye a partir de la descripción de los hechos no cumple con las nociones patriarcales normativas que se asignan al mismo: no es duro, no es violento, no es fuerte, no es despreocupado, no es competitivo.

Por la cual cosa, no se entenderá que los hechos sean constitutivos de violencia de género, sino que, en palabras de la Sentencia responden a *“un arranque puntual producido en un contexto de grave crisis familiar, y de enfrentamiento mutuo producido en un clima de gran alteración nerviosa, con recriminaciones y malos tratos de obra por parte de la denunciante, que nada tiene que ver con las conductas de superioridad y dominación machista propias de la violencia de género.”*

Otro ejemplo de masculinidad estereotipada lo encontramos en la SAP de Castellón 292/2010, ya citada, que indica lo siguiente:

“(…) no entender el hecho como típico de violencia de género, sino más bien un hecho puntual derivado de cierta inestabilidad emocional propiciada por la eminente separación matrimonial que estaba en ciernes, de un calentón como refirió la propia testigo, tratándose de una persona que tiene un excelente comportamiento como padre.”

Es de ver, pues, como se incluyen móviles de conducta que se creen justificados, como consideración sociológica de los hechos para decantar las resoluciones. De esta forma, si el delito va acompañado de una historia social calificada como positiva (es un buen padre de familia), se tendrá más reticencias a la hora de considerar que se está ante la presencia de actos relacionados con la violencia machista.

Los estereotipos de cada sujeto binario definen socialmente cuáles son las adecuadas características y atributos de personalidad y de conducta para cada género, partiendo de la mayor valoración que detenten. *“Definen lo prototípico de la masculinidad y de la feminidad, lo normal y lo esperable desde una u otra posición en una serie de situaciones de la vida cotidiana.”* (Fernández, 1988: 40).

Como última cuestión a referir en el presente apartado, comentar que, como ya se ha apuntado, se equipara la supuesta debilidad de la mujer con la del resto de miembros en situación de vulnerabilidad en la familia⁸¹, al constar en la descripción de sujetos

⁸¹ En palabras de Maqueda: *“Se generaliza la idea de que todos son víctimas propicias de una agresividad ocasional y amorfa que se ejerce de modo natural por los miembros más fuertes del grupo sobre los más débiles. Una imagen del problema que, demasiado a menudo, está presente en la conciencia colectiva y que se traslada con escasas fisuras a su valoración por parte del Derecho, ocasionando no pocos efectos perversos”.* (Maqueda, 2006:5).

afectados en el art. 153.1. Esta idea de vulnerabilidad contribuye a perpetuar la imagen de la mujer como ser desvalido, asimilada a lxs menores y necesitada de la protección paternalista del Estado.⁸²

La inclusión de otros miembros vulnerables de la familia sitúa a las mujeres en el universo de las personas “dependientes”, no en el lugar de las personas estructuralmente discriminadas, oprimidas. (Bodelón, 2008: 285)

Uno de los efectos perversos de la asimilación de la mujer a los miembros más vulnerables del entorno del agresor es la consideración de que dicha vulnerabilidad es consustancial al sujeto mujer, sin posibilidad de haber lugar para la crítica a la propia estructura social fundada sobre la base del dominio del *pater familias*⁸³.

Por lo cual, es de ver cómo la mujer ha pasado de estar sometida al maltratador, al pater, a estarlo al Estado, como poder que no ha desmentido el primero o lo ha reforzado; de

⁸² Lo que se refiere es que el hecho de que se iguale la vulnerabilidad aproxima a la mujer a una suerte de “debilidad de hecho”, que es lo que no se comparte. Otra cosa es la reflexión que llevan a cabo los magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares en la STC 59/2008 referida con anterioridad, que consideran que la diferencia penológica entre el 153.1 y el 153.2 no tiene razón de ser justamente afirmando que dicha división asume una supuesta debilidad de toda mujer considerada. Larrauri refiere, sobre dichos votos particulares de los magistrados Rodríguez Arribas y Rodríguez Zapata: “*permítaseme desmentir (...) que el reconocimiento de mayor vulnerabilidad de la mujer conlleve una reificación de la imagen de sexo débil de la mujer, o sea contraria a su dignidad (!). Esta posición a mi juicio incurre en algunos errores: por un lado, confunde la reivindicación (de la igualdad) con la realidad (de la vulnerabilidad); por otro lado, parece extraer de la desigualdad física consecuencias morales, confundiendo desigualdad física y desigualdad moral.*” (Larrauri, 2009: 12).

⁸³ La falta de reconocimiento de la violencia se ha vinculado a la persistencia, más o menos evidente, de un derecho patriarcal que consideraba que el marido tenía la potestad de corregir a su esposa, hijos y a todos los que de él dependieran, mediante el uso de la violencia (Hopp, 2012: 51).

ahí la conclusión de que el derecho penal es también un poder patriarcal. (Larrauri, 1992: 305).

3.1.6.- Miedo insuperable y comportamiento del *hombre medio* exigido

La mujer (las mujeres), no sólo debe(n) mostrar debilidad y falta de respuesta a la agresión, sino también debe(n) obedecer a otra serie de acciones o comportamientos, relacionados con su feminidad esencializada.

Encontramos ejemplos de ello en la SAP de Albacete 482/2017⁸⁴. En dicha sentencia, los hechos probados de la cual son *whats up* amenazantes de muerte del varón hacia la ex mujer. En un momento dado tras esos mensajes, y en la calle, él se acercó a ella gritando y ella le dio una bofetada. Pues bien, a él se le imputa un delito de amenazas del 171.4 del CP, y a ella “delito de maltrato de obra del 147.3”, esta última a 40 días de multa a 6 euros diarios.

La coacusada recurre la sentencia, pues alega que ella obró por miedo insuperable⁸⁵, en la creencia de que la iba a agredir. Pues bien, la Audiencia de Albacete esgrime lo siguiente:

“Dicha situación (el miedo insuperable) la descartó el Juzgado (si decidió ir al domicilio del coacusado, al que se supone que temía, y por no llamar a la policía) (...)”

⁸⁴ SAP de Albacete (Sección 2ª), núm. 482/2017, de 14 de diciembre (JUR/2018/45295)

⁸⁵ Se trata de una eximente regulada en el art. 20.6 del CP, de la siguiente forma:

Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:(...)

6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

Por lo tanto, se está a las actuaciones circundantes por parte de la víctima, para poder considerarla no apta para acogerse a la eximente, en este caso, de miedo insuperable. Se duda de ese miedo, sirviéndose de datos como que fue al domicilio de éste o no llamó a la policía, lo que bien podría describirse como de *obligación de alejarse*.

Al respecto, Macaya, cuando afirma: *“Las mujeres son obligadas desde el sistema legislativo y simbólico heteropatriarcal a retirarse de los lugares que puedan ser peligrosos para ellas, obligándolas además a valorar esos peligros según el modelo de valoración del sistema productivo neoliberal, el de los costes y beneficios. (Además) culpabiliza a las mujeres por los fracasos de sus “criterios de seguridad”.* (Macaya, 2013: 81)

De esta forma, se interpreta la bofetada de ella que se describía en los hechos probados como una respuesta irracional. Por cuanto racional, como entiende Larrauri, *“es una respuesta no necesariamente proporcional pero sí adecuada al hombre medio, ahí estriba precisamente el problema, ya que el hombre medio no es la mujer media.”* (Larrauri, 1994: 103).

Y es justo en este sentido como se pronuncia la Audiencia para comprobar la existencia del miedo insuperable alegado, de la siguiente forma:

“Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001).”

Así, el juzgador, auto-proclamado neutral y objetivo, se refiere a la valoración del miedo según parámetros computables, para así evitar el “subjetivismo” (ya no exacerbado, sino mínimo). Y este parámetro es, como no puede ser de otra forma, el que proporciona “el hombre medio”.

En palabras de Macaya, el “hombre medio” *“es el ser metafísico del discuso jurídico.”* (Macaya, 2013: 69)

Y, como ser metafísico, es inexistente *per se*. Hará falta dotarlo de cierta singularidad, según los prejuicios, concepciones y valores que tenga el juzgador. Es una creación ficticia que hace referencia a las capacidades, leídas éstas de forma ideal⁸⁶.

Según Nussbaum, el derecho comúnmente piensa en el sentido de considerar razonable a las personas si aceptan las normas comunes de su sociedad. Así, equipara como algo usual al “hombre razonable” con el “hombre medio” u “ordinario”. Pero sabemos que tales normas pueden ser equivocadas. (Nussbaum, 2006: 48).

La Audiencia de Albacete no contempla, de esta forma, la posibilidad de que la situación de violencia intrafamiliar sea un desencadenante del miedo insuperable, e ignora un posible contexto de violencia cíclica, el ambiente de temor constante y la previsión de episodios de violencia, sino que se fija, para la aplicación de la eximente,

⁸⁶ Se puede entonces afirmar que apelar a ese conocimiento del “hombre medio” es como recurrir al “sentido común”. En palabras de Ruiz Resa, *“Las representaciones sociales constituyen actualmente ese sentido común, y son el conjunto de conceptos, afirmaciones y explicaciones que tienen su origen en las comunicaciones interindividuales de la vida cotidiana (...) por lo que puede(n) descansar en ideas preconstituidas como los estereotipos, así como en las tradiciones, los intereses o las costumbres sociales.”* (Ruiz Resa, 2014: 341).

en diversos requisitos. Es necesario referir el siguiente, al hilo de lo comentado:

“(…) c) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones externas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes (…)”

(Subrayado añadido)

Se ha de observar que al tratar los comportamientos extremos utiliza el neutro “hombres” para referirse a la valentía y el neutro “personas” para referirse a comportamientos miedosos o pusilánimes. Se trata, una vez más, de la asunción del estereotipo.

Ante estos razonamientos no es de extrañar que la Audiencia llegue a la conclusión de que *“no se deriva dicha situación de agobio, irremediabilidad e inminencia de un ataque o agresión por parte del co-acusado.”* (se refiere a la co-acusada). Sino, más bien, *“actuó la apelante como represalia ante los insultos que ya existían y se estaban produciendo (los gritos que también se refieren por la apelante en otro momento), y no tanto por miedo a una agresión inminente.”* (Subrayado añadido)

De nuevo es de ver cómo se cuestiona el miedo de la mujer, y se considera que lo que la mueve es una especie de ánimo de venganza. De nuevo se resuelve como otro caso de “riña mutuamente aceptada” y se comprueba la interdicción a la mujer de utilizar la fuerza, o responder de forma física a una agresión.

Se ha comentado que la eximente de miedo insuperable se encuentra regulada en el art. 20.6 del CP. Y se habrá visto que no se refiere ningún requisito de la misma. Por lo tanto, será la jurisprudencia la que dote a dicha eximente de ciertos parámetros para poder ser aplicada.

Esto es especialmente significativo, por cuanto la jurisprudencia tiende a describir dicha eximente con requisitos reservados a otras eximentes⁸⁷. Es de ver esta cuestión, por ejemplo, al momento en que el juzgador se refiere a la existencia de “*agobio*” e “*irremediabilidad*”. Parece sostenerse que es necesario que no exista otra opción para la mujer, es decir, se exige que no pueda optar por medidas alternativas (en el mismo sentido en el que se trataba la obligación de retirada).

Además la irremediabilidad recuerda a una imposibilidad de que la mujer reaccione ante el miedo, lo que lleva al absurdo de considerar que si el miedo ha sido superado, no podría aplicarse la eximente.

Por otro lado, el requisito de “*inminencia de un ataque o agresión*” que también se requiere, es problemático, por cuanto es un requisito propio de otras eximentes que contempla el Código Penal, como son el estado de necesidad⁸⁸ (regulado en el art. 20.5 CP) y la legítima defensa⁸⁹ (referida en el art. 20.4 CP).

⁸⁷ Esto implica una flagrante falta de seguridad jurídica. Como indica Gimbernat, justamente en relación a la eximente de miedo insuperable: la falta de una dogmática desarrollada convierte la aplicación judicial del derecho en una “*tarea caótica e insegura*”. (Varona, 1995: 92)

⁸⁸ Los requisitos para aplicar el estado de necesidad son: la existencia de una situación de necesidad (hay peligro para los bienes jurídicos que sólo puede evitarse lesionando un bien jurídico ajeno); que no se ocasione un mal mayor; situación de necesidad no provocada intencionadamente y que no exista la obligación de sacrificio, por su oficio o cargo.

Al respecto, Varona: *“Este requisito de inminencia ni lo exige la ley ni la doctrina con respecto al miedo insuperable, porque lógicamente, si concurriese, en estos casos de reacción frente a la fuente del mal, debería aplicarse legítima defensa y no el miedo insuperable”* (Varona, 1995: 120)

Según el mismo autor, *“El propio TS admite que lo decisivo es que el individuo actúe impulsado por el miedo que le causa un mal, pero este mal no ha de ser inminente en el sentido de actual o cercano, sino que únicamente ha de estar presente en la mente del sujeto a la hora de llevar a cabo la acción.”* (Varona, 1995: 124).

Por lo tanto, la incorporación al miedo insuperable de un requisito de la legítima defensa es incorrecto. Parece que el juzgador es reacio a aplicar dicha eximente, por cuanto se basa en requisitos que la norma no requiere. Y esto puede resultar en aplicar la ley de forma discriminatoria, por cuanto desprotege a las mujeres⁹⁰ y exige para la justificación de la defensa requisitos no contemplados en la norma.

3.2.- El artículo 153.2 o la violencia doméstica

Si el artículo 153.1 es considerado de lucha contra la violencia de género, como hemos visto, en el 153.2 se parte de la lucha contra la violencia doméstica, en la que se incluye

⁸⁹ Dicha eximente será tratada en un apartado posterior.

⁹⁰ Se reitera la idea que el sistema penal no es la solución a la violencia ejercida sobre las mujeres. El sistema penal tiene a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito. De esta forma, es poco probable que la mujer encuentre una solución a su problemática en el sistema penal, puesto que el problema es social, de falta de poder y de falta de recursos. (Larrauri, 2007: 77)

como agresora a la mujer, quebrando uno de los principios y la razón de ser de la LOVG, tal como se establece en su exposición de motivos y en el art. 1.1.

Dicho artículo 153.2 regula la violencia por exclusión de lxs sujetos afectados. Es decir, si la víctima del delito del art. 153.1 es alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 (artículo transcrito en un anterior apartado, al que nos remitimos), exceptuando las propias del art. 153.1, con la complejidad ya referida.

Dicho lo cual, en el presente epígrafe, van a tratarse varias cuestiones fundamentales: por un lado, la consideración del especial ánimo de dominación en este concreto tipo de delitos, por otro lado, el análisis del grado de violencia llevado a cabo por la mujer, y en último lugar, el bien jurídico que se proclama por la doctrina que protege dicho epígrafe de la norma, como es la paz familiar. Pasemos a verlos.

3.2.1. El ánimo de dominación en la aplicación del artículo 153.2

De nuevo, sobre el ánimo de dominación, los tribunales fluctúan en su aplicación para entender existente el delito del art. 153.2, contrariamente a lo que refiere el art. 1.1 de la LOVG, citado en numerosas ocasiones, cuando nos advierte que el ánimo de discriminación se da en los casos de utilización de la violencia del hombre contra la mujer, pero no de la mujer contra el hombre o cualquier otra persona con la que conviva.

Esto nos lleva a entender que, si no se requiere ese ánimo de dominación por parte de la mujer agresora, siempre y en todo caso se aplicará el 153.2, sin demasiadas

disquisiciones sobre el especial elemento subjetivo, esto es, la supuesta manifestación de superioridad o dominación de la agresora sobre la víctima.

Esto dará lugar a que, de facto, se aplique directamente el art. 153.2 cuando la mujer utilice la violencia en el sentido que se ha apuntado hasta este momento. De nuevo, se perjudica a la mujer, lo que nos lleva a plantearnos sobre quién está recayendo el peso de la creciente criminalización producida en el delito de malos tratos. Y es que nos encontramos ante la paradoja *“de apelar al derecho penal para proteger a un colectivo que finalmente acabará siendo penalizado por el instrumento llamado a protegerlo.”* (Larrauri, 2007: 71).

Pasemos a analizar ejemplos en uno y otro sentido.

Por lo que respecta a sentencias que no requieren de ese especial ánimo para la aplicación del art. 153.2 y, por lo tanto, no será necesario que se pruebe el dolo cuando se trata de imputar por el art. 153.2, encontramos la SAP de Madrid, 786/2015⁹¹.

En dicha sentencia, lxs co-acusadxs pretenden haber sido injustamente agredidxs y, a su vez, haber actuado en justa defensa. Tales extremos, consideran, resultan de la prueba practicada indebidamente valorada en la sentencia recurrida.

La defensa de la acusada alega, entre otras cuestiones, que no concurre un específico ánimo exigible en el artículo 153 del CP relacionado con la violencia de género y, por lo tanto, su conducta no debería ser subsumida en el art. 153.2. Al respecto, la Audiencia de Madrid replica lo siguiente:

⁹¹ SAP de Madrid (Sección 26ª), núm. 786/2015, de 29 de octubre (JUR/2015/277234)

“(…) La acusada ha sido condenada por el delito contemplado en el artículo 153.2 del Código Penal, que no supone una forma de violencia sobre la mujer, sino de violencia familiar. No resulta así estrictamente aplicable lo razonado cuando se trata de valorar la exigencia de un específico dolo en relación con el artículo 153.1 del Código Penal en relación con la LO 1/04 (…). Esta es la dirección que apunta el TS en sus más recientes resoluciones.(…). También la sentencia de 26 de junio de 2.012 (Pte Colmenero Menéndez de Luarca) en la que se razona que "El artículo 153, en cuanto tipifica el maltrato de obra, no requiere una intención especial, bastando el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y en la voluntad de ejecutar la conducta que los realiza". (Subrayado añadido)

Por lo tanto, se basa en jurisprudencia que no requiere ese especial ánimo de dominación (en el art. 153.1) para indicar que el mismo no es necesario para poder subsumir los hechos en el concreto delito del 153.2 (cuando además es conocido que existen multitud de otras sentencias en las que sí se requiere este específico ánimo, como se ha puesto de manifiesto), con la cual cosa, se la condena a ella por un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.2 y agravante del apartado 153.3 porque el hecho tiene lugar en domicilio común⁹² a 8 meses de prisión (i) y a él por un delito de lesiones del art. 147.1 CP (por lo tanto, al margen totalmente de la violencia de género), con atenuante analógica de embriaguez, a un año y tres meses de prisión.

En cambio, como ejemplo de jurisprudencia que reconoce ese ánimo de dominación en el art. 153.2 CP, la SAP de Castellón 83/2016⁹³, en la cual el Ministerio Fiscal solicita

⁹² En relación a una breve explicación de dicho artículo 153.3, ver nota al pie núm. 98.

⁹³ SAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 83/2016, de 11 de abril (JUR/2016/144833)

que la mujer que araña en el cuello a su pareja, en un “enfrentamiento entre ambos por motivos sentimentales” se condene como si fuera violencia doméstica del 153.2. No obstante esta petición, la Audiencia concluye lo siguiente:

“Por ello, y como tantas veces se ha insistido por este tribunal, por lo común no cabe apreciar ni violencia de género ni tampoco doméstica o familiar, en aquellos casos en que la motivación del supuesto "agresor" no tenga nada que ver con situaciones de superioridad, sea objetiva o subjetiva, sino de cierta levedad y desde situaciones de igualdad que han dado a lugar a un incidente agresivo con cierta espontaneidad y reciprocidad, como es este caso de riña mutuamente aceptada (...)” (Subrayado añadido)

A partir de dicha sentencia, es de ver cómo no se reconduce la actuación de ella al art. 153.2, porque no existe una “situación” de superioridad por su parte (en abierta contradicción con la sentencia anterior, que indica que dicha situación no es imprescindible que exista para subsumir la conducta en el art. 153).

Otra cuestión curiosa de dicha sentencia es que en la condena a ella la absuelven “del delito de violencia de género del art. 153.2 y 3” (i).

Otro ejemplo de sentencia en la que reconoce ese ánimo de dominación en el art. 153.2 CP, encontramos la SAP de Guadalajara, 142/2008⁹⁴, en una situación de madre vs. hija en la que resuelve que no existe riña mutua, sino 153.2 por parte de la madre, con condena a 4 meses de prisión, y se acepta legítima defensa (en la que ahondaremos en

⁹⁴ SAP de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 142/2008, de 12 de noviembre (JUR/2009/162789)

un apartado posterior) de la hija. Se pronuncia en los siguientes términos, basándose en una definición de violencia doméstica (o falta de definición, por cuanto se aplica por analogía lo dicho en cuanto a la violencia de género):

“(...) El concepto de "violencia doméstica" no está expresamente definido por el legislador de la forma en que hoy día (tras la LO 1/04) está definido y configurado el concepto de "violencia de género". Pero no resulta problemático en exceso inferir bien su significado, y afirmar que las situaciones de violencia doméstica son las producidas como manifestación de una situación de abuso, dominación o subyugación de un familiar sobre otro familiar (...)”

De esta forma, se equipara violencia de género a violencia doméstica en el ánimo de dominación, cuando se ve a todas luces que ésta no era la apuesta del legislador de 2004. Es decir, la LOVG no está pensando en ese ánimo por parte de ambos géneros, sino solo por parte del masculino, puesto que debe recordarse que el objeto de la Ley, según su art. 1.1 es *“actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas (...)*”, tal como se avanzaba en el inicio del presente epígrafe.

Lo que parece afirmarse es que sí puede existir ese ánimo de dominación de la mujer sobre una persona que se considere más vulnerable que ella misma, pero no sobre su pareja masculina.

Por la cual cosa, es de ver cómo se está intercambiando el concepto de violencia doméstica a los concretos actos ahora bautizados como de violencia de género, lo que

lleva a la conclusión de que existe una confusión de terminología, interesada por parte de aquéllxs que no asumen que la violencia de género es algo estructural y no individual, por cuanto de otra forma no se entendería la aplicación de un concreto delito de maltrato en el ámbito familiar a la mujer partiendo de la descripción de la LOVG que predica su supuesta discriminación y por tanto protección, y que afirma, al menos formalmente, que la violencia sobre la mujer es un problema social.

Esta falta de congruencia no es inocente, es el producto de una falta de aceptación de la existencia de la discriminación que sufren las mujeres por el hecho de serlo y que, al ser reconocido tan sólo formalmente, su tratamiento es inconsistente, tanto en la redacción de las normas como en su aplicación.

Como último ejemplo en una sentencia que trata el “ánimo de dominación” por parte de la mujer cónyuge, esta vez con la incorporación de otro elemento importante, esto es, la consideración de la salud mental de ella, lo encontramos en la SAP de Álava 313/2015, ya citada. Debemos detenernos en el planteamiento que realiza la Audiencia, que se pronuncia del siguiente modo:

“(…) En la sentencia apelada no apreciamos ningún dato que nos permita inducir que la acusada golpeará al acusado sobre la base de un estado de poder que aquélla quería mantener o lograr, sojuzgándole a éste, sino que es un acto concreto y determinado (no puntual como erróneamente se suele calificar) propiciado, si asumimos la versión de la sentencia, porque la acusada estaba en una situación de tensión familiar y personal, con algún problema médico, (...). Ningún indicio, pues, de una situación que tenga que ver con la idea de querer que el acusado se sometiera a su voluntad, que tratara de dominarlo o

someterlo.

En definitiva, teniendo en cuenta esa doctrina, tratándose de una acción concreta o determinada, sin atisbo de un ánimo de dominación, subordinación o sometimiento por parte de la acusada hacia el acusado que aparecería como el miembro más débil, procede aplicar aquélla, condenando a la recurrente como autora de una falta de maltrato sin lesión, prevista en el art. 617.2 CP .

(Subrayado añadido)

Se plantea el ánimo de especial sometimiento por parte de ella, con la asunción de “miembro más débil” a su pareja masculina. Es la única sentencia en la que se plantea esta debilidad en la situación del cónyuge masculino para la aplicación del art. 153.2, más cuando la concreta posición de vulnerabilidad no se ha predicado en ningún momento en relación al hombre, partiendo de las últimas modificaciones legislativas. Así, se retuerce el objetivo de la LOVG, como se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, al traducir su significado.

Además, se sostiene que la acusada tiene “algún problema médico”, para evitar juzgarla por el art. 153.2, y condenarla por la falta del 617.2. Es importante destacar que la sentencia de instancia lo condenaba a él por un delito del art. 153.1 y 4 y a ella por un delito del 153.2 y 4⁹⁵, ambos a 20 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad. Se revoca la sentencia apelada, en el sentido de rebajar a ambos la penalidad a una falta de

⁹⁵ Es necesario referir que el art 153.4 permite una disminución potestativa por parte del juzgador, pudiendo rebajar la pena en un grado, “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”. Es la única sentencia analizada en la que dicho apartado se aplica, y de forma idéntica a ambas partes.

maltrato con multa de un mes con cuota diaria de 6 euros. Por lo tanto, se les está condenando aplicando penas idénticas.

De esta forma, y aunque en un anterior apartado se refería el hecho de que en la mujer va a prevalecer en la explicación de los hechos su conducta social, más que su descripción psíquica, esta premisa se altera cuando aparecen elementos de patologización⁹⁶.

Así, se hará una lectura interesada de su comportamiento agresivo, en cuanto desviado, en base a “su problema médico”. De esta forma, se logra devolver a la mujer a su lugar natural individualizado: si es que es agresiva, es porque tiene un comportamiento anormal. Así, vuelve a equilibrarse en la dicotomía el lugar destinado a la mujer: el de la irracionalidad.

De esta forma, el discurso penal va desplazando constantemente al sujeto mujer entre la debilidad y la fortaleza, según se parta de la consideración de víctima o miembro igual; esto en base al estereotipo que se tiene tanto de la feminidad como de la masculinidad, y en ambos sentidos para conseguir culparla de su acción desviada.

3.2.2. Apunte sobre el grado de violencia empleado por la mujer

Todo y haber llevado a cabo varias aproximaciones sobre el particular en apartados

⁹⁶ Al respecto se pronuncia Larrauri, de la siguiente manera: “*Recurrir a una patologización (...) implica que simultáneamente se está declarando que el acto realizado por la mujer no está justificado, tampoco está excusado y tampoco puede ampararse en circunstancia alguna de inexigibilidad de otra conducta.*” (Larrauri, 1995: 27)

precedentes (en el sentido que a la mujer no le es permitido utilizar la violencia), es necesario que nos detengamos de nuevo en ello, para observar dicha cuestión a partir de la aplicación del art. 153.2.

Pues bien, en la SAP de Valencia 114/2015, de 24 de marzo, anteriormente citada, se indica: “(...) Si está acreditado el uso de violencia por parte de la mujer que se objetiva en los arañazos que presentaba su oponente en distintas partes del cuerpo, y es evidente que esa violencia era de todo punto innecesaria si tomamos en cuenta el grado de violencia menor empleado por el acusado.”

De esta forma, es de ver como cuando la mujer se defiende (en este caso, y en la mayoría de sentencias analizadas, con arañazos⁹⁷), se infiere que es innecesaria su respuesta (i), en base “*al grado de violencia menor empleado por el acusado*”. No sólo se está afirmando que la mujer debe soportar un cierto grado de violencia, sino que se avala que su reacción, supone “*un grado de violencia*” no permitido.

Esto se traduce en la revocación de la condena a ambos (venían siendo condenados por “*maltrato en el ámbito familiar*” (i) tanto a él -delito del art. 153.1 y 3- como a ella -delito del art. 153.2 y 3⁹⁸-, el primero a 9 meses de prisión y la segunda a 7 meses y 15 días) por falta de maltrato y multa de 10 días con cuota de cinco euros diarios.

⁹⁷ El tipo de conductas que se están condenando, por parte de la mujer que utiliza la violencia, son arañazos y bofetadas (i).

⁹⁸ Es necesario poner de manifiesto que, cuando se aplica el 153.3, se está a la agravante de la pena prevista en los apartados 1 y 2, para, entre otros, cuando el delito “tenga lugar en el domicilio común”. Dicha agravante aplicada a las mujeres, tal como pone de manifiesto Macaya: “*es una contradicción en sí misma, sobre todo por lo que respecta al concepto “agravante” según el cual debiera apreciarse mayor gravedad del hecho cometido. En el caso de las mujeres es el ámbito doméstico el que resulta más*

Muy elocuentemente, Macaya: *“Tomar en consideración la violencia como una construcción social, supone reconocer la existencia de una versión oficial respecto a la misma, sobre qué debemos considerar violencia y qué no. (...) De esta forma, la descripción de las personas que materializan el acto violento dependerá del status y la posición social que detenten, pero sobre todo de la capacidad que tengan sus actos de avalar el sistema imperante.”* (Macaya, 2013: 47).

Esto es, se reitera, la “violencia” ejercida por la mujer se reputa “innecesaria” (aunque se trate de unos arañazos), en cambio, la violencia ejercida por el hombre va a ser minimizada: “un grado de violencia menor”⁹⁹.

En el mismo sentido, se puede recuperar la SAP de Segovia 13/2015, anteriormente citada (en el apartado dedicado a las especiales características de la mujer agresora). En este caso, la autora (la menor Yolanda), resulta imputada por un delito de lesiones del art. 153.2 (cuando en la sentencia del Juzgado de instancia había sido imputada como autora de una falta de amenazas del 620.2 CP que le imponía una medida de amonestación y se la absolvía de dicho primer delito).

Pues bien, referir sobre dicha Sentencia que en la interposición del recurso de apelación se acredita *“un mordisco para quitársele de encima”*. No obstante esto, la Audiencia

peligroso para ellas, por lo que debiera ser más justificable que precisamente en él desarrollarán más estrategias violentas o lesivas. (...) con la aplicación de esta agravante queda demostrado que el bien jurídico que se defiende no es la integridad física y psicológica de las víctimas, sino la institución de la familia y la pareja estable heterosexual.” (Macaya, 2013: 89 y 90).

⁹⁹ En palabras de Smaus, *“El uso de la fuerza, sobre todo en ámbitos privados, es admitido como cuasilegal. Ello puede interpretarse en el sentido de una relación entre la ciencia androcéntrica y los intereses masculinos, pero también como una complicidad implícita de los hombres que ocupan posiciones hegemónicas, concretamente en el ámbito penal.”* (Smaus, 1998: 87)

resuelve indicando que existió “una agresión común y simultánea” y, es porque consta acreditada “la realidad del mordisco y su autoría” por la cual cosa el recurso se estima con el fallo indicado, con el agravante de que además él resulta absuelto.

3.2.3.- La paz familiar

Es necesario que nos detengamos en el bien jurídico protegido en el art. 153.2, llamado por la doctrina “paz familiar”.

El concepto de paz familiar se ha utilizado por la doctrina en sentido un tanto confuso. Por un lado, parece que pretende abarcar el bien jurídico protegido en el art. 153.2 CP (es decir, el art. dedicado a la violencia doméstica) pero existen resoluciones que utilizan este mismo concepto para referirse al bien jurídico protegido en el art. 153.1 CP, al aplicarlo a la agresión a una mujer. Y otras que no diferencian entre dichos epígrafes, y fundamentan la aplicación del art. 153 en la protección de esta paz, quedando englobadas las agresiones a la mujer en dichos ataques a “la paz familiar”.

En relación a esta amalgama de bienes jurídicos protegidos, la SAP de Valencia 114/2015, ya citada:

“A su vez, y como ya ha declarado el Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido en este delito no es tanto la integridad de las personas mencionadas en los citados artículos 153 , pese a su ubicación sistemática dentro del Título III de las lesiones, sino que trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de las personas, que tiene su consecuencia lógica en el derecho a

la seguridad de los miembros que integran el núcleo familiar.(...) (Subrayado añadido)

Trata la dignidad de la persona como efecto de la seguridad de los miembros de la familia, más que como un derecho en sí mismo.¹⁰⁰ Pero sigue dicha Sentencia:

“Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.”
(Subrayado añadido)

Al tratar el ámbito familiar como “una comunidad de amor¹⁰¹ y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad”, se parte de la familia nuclear como comunidad solidaria e igualitaria (con total desconocimiento del estatuto personal desigual y

¹⁰⁰ Eaton, en los años 80, ya ponía de manifiesto que los jueces suelen apoyar sus razonamientos sobre consideraciones de tipo familiar. Los tribunales reproducen las relaciones entre sexos, pues consideran a la mujer no como sujeto, sino en función de dichas relaciones familiares. Estas referencias familiares aluden a cuestiones como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. (Bodelón, 1998: 194)

¹⁰¹ Conseguir el amor, para la mujer, a través del sacrificio como forma redentora (Osborne, 2009: 49).

jerárquico para el marido y la mujer, basado en la división sexual del trabajo¹⁰²), se parte de que en esta institución existe *la paz*. Se trata de una concepción en la cual los miembros de la familia eligen libremente estar en esa unión armónica, y si no es armónica, es porque ellxs también lo han elegido así¹⁰³ (así, de paso, se hace recaer en la mujer la responsabilidad por el mantenimiento de una relación violenta¹⁰⁴, que no lo será *tanto* si la mujer no decide romperla).

Según Ortubay: *“De alguna forma resucitan aquí todos los tópicos que parecían ya superados “dos no riñen si uno no quiere”, “son discusiones de pareja”; en definitiva, asuntos privados que no tendrían por qué haber llegado al juzgado y que si llegan en porque ambos miembros de la pareja presentan conductas desviadas respecto a la norma de conducta.”* (Ortubay, 2015: 657)

En el mismo sentido, Rubio, cuando advierte: *“El hecho de considerar la sociedad y el Derecho a la familia como una institución natural, en la que reina la libertad y la igualdad natural entre las personas, explica que la violencia doméstica sea percibida por los operadores jurídicos como un fracaso de las partes que no alcanzan a regular o a resolver sus litigios sin violencia.”* (Rubio, 2004: 41).

¹⁰² En palabras de Macaya: *“La familia y su unión privilegiada, el matrimonio, conlleva desde su nacimiento una distribución de roles y funciones de carácter marcadamente discriminatorio y desigual, sin el cual, tal institución no podría haberse desarrollado.”* (Macaya, 2013: 101).

¹⁰³ Esta es una de las trampas de un discurso aparentemente igualitario que genera ilusiones ópticas “liberales” de autonomía e independencia de los individuos (Gil Ruiz, 2007: 177)

¹⁰⁴ En palabras de Amorós: *“Si no ejerce la mediación que le es asignada pasa automáticamente a ser la antimediación, la responsable de la disolución del pacto.”* (Amorós, 1990: 15).

Pero ciertamente parece congeniar mal dicha relación de solidaridad con la existencia de una agresión suficiente como para originar una respuesta determinada o incluso, como se verá, una legítima defensa.

Además, está considerando las situaciones de violencia en la familia, más que la libertad y el derecho a una vida libre de violencia de género. De esta forma, la familia continúa siendo para el derecho un lugar desde el cual construir la ciudadanía femenina. (Bodelón, 2008: 286)

En palabras de Macaya la familia es: *“el más privado de los universos”, donde se sitúa el origen del poder patriarcal y el control de la transmisión cultural de los valores androcéntricos que marcan la separación entre lo masculino y lo femenino.* (Macaya, 2014: 49).

En el mismo sentido apuntado, en relación a la confusión de bienes jurídicos protegidos, la SAP Pontevedra 218/2017, ya citada:

“(…) pese a que el legislador no ha distinguido, en la regulación del Art. 153 del Código Penal (...), los supuestos de agresiones mutuas de aquellos otros en los que solamente resulta agredido uno de los miembros del núcleo familiar, no puede desconocerse, sin embargo, que el referido delito, aunque se ubica en el Título III, tiene una doble vertiente: la integridad física y psíquica, de un lado y el mantenimiento de la paz familiar, de otro, (...)”. (Subrayado añadido).

Parece con esta afirmación que el juzgador se refiere a los dos epígrafes del art 153 por separado, siendo que reserva al 153.1 la protección de la integridad física y psíquica, y

al 153.2 el mantenimiento de la paz familiar. Lo que denota la concepción limitada del bien jurídico protegido que tiene respecto al 153.1 y lo indeterminado del bien jurídico protegido en el art. 153.2.

Por su parte, la SAP de Valencia 114/2015, de 24 de marzo, que trata la especial tutela de los artículos 173.2 y 153.2 *“que no se explican desde la discriminación hacia la mujer sino desde especial la tutela del ámbito familiar”*¹⁰⁵

Como último ejemplo, la SAP de Cuenca 96/2006, ya citada:

“(…) lo verdaderamente relevante es que la actitud del acusado quebró la paz familiar y lesionó la dignidad de la ofendida, como bienes jurídicos protegidos por el precepto, más amplios y relevantes que la mera integridad física levemente menoscabada.” (Subrayado añadido)

Vemos en esta sentencia como el bien jurídico de la “integridad física” y la “dignidad de la persona”, se engloban y funden en ese bien jurídico denominado “paz familiar”, en una concepción de la supuesta unión familiar que traslada los derechos de la mujer como ente individual (y del resto de personas que conforman el núcleo familiar) a un lugar de gestación de los roles de conformidad femenina.

De esta forma, el Derecho penal está reduciendo los derechos de la mujer a un simple atentado a la institución familiar. En palabras de Maqueda: *“La mujer se concibe como garante de la paz familiar. No es de extrañar entonces que se reconozca una especie de*

¹⁰⁵ La tutela del ámbito familiar, más que del ámbito individual, revela el ideario de unidad familiar que parte de la tradicional familia jerárquica de estructura patriarcal y legitima un modelo familiar estanco.

“co-responsabilidad” femenina en los casos en que la mujer se muestra incapaz de contener la agresividad de la confrontación o de contrarrestar las manifestaciones de violencia de las que ella misma resulta ser víctima. (Maqueda, 2006: 7)

Como se interroga Varona, “¿No estaremos condenando a la mujer a desempeñar el papel de mártir del hogar (...)?” (Varona, 1995: 141). En idéntico sentido, Larrauri, cuando trata el “control doméstico”¹⁰⁶ al cual es sometida la mujer (Larrauri, 1994:3), y Pitch, cuando alude al “encasillamiento familiar” al cuál se encuentran las mujeres, que conlleva una posición de sumisión y debilidad en los sistemas de poder y autoridad familiares. (Pitch, 2003: 126).

Esta concepción de la familia parte, en definitiva, de estereotipos y convenciones sociales, referidos tanto al hombre como a la mujer, que justifican: i) una demostración de autoridad por parte del marido; ii) la responsabilidad femenina en apaciguar al marido y llevar la casa, que conlleva la presunción de la mujer como provocadora y causante de la ira; y iii) el mito de la mujer pasiva que lo acepta y le gusta y del hombre de naturaleza impetuosa. (Larrauri, 1992: 304).

Además, el propio matrimonio es una fuente *adicional* de vulnerabilidad. En opinión de Moller Okin, la división del trabajo con base en la cual se estructura actualmente la institución del matrimonio, y en la que el trabajo pagado o mejor pagado lo ocupa él, da lugar a una asimetría de poder que constituye una fuente de vulnerabilidad. (Larrauri, 2009: 12)

¹⁰⁶ Control doméstico que se traduce en que ella mantiene una posición subordinada en la familia, enfatizada por la superioridad masculina auspiciada por el mito de que él es quien aporta la seguridad económica y ella el cuidado y el sexo. La defraudación de estas expectativas es lo que lleva en numerosos casos a la situación explosiva de violencia. (Larrauri, 1994:3).

Bodelón refiere “*el paradigma familista de la violencia de género*”. Define el familismo, como una de las formas de sexismo que más frecuentemente se manifiestan en el ámbito jurídico y cita a Alda Facio, la cual indica: “*El familismo no es sólo una forma de sexismo, sino también una forma específica de insensibilidad al género. Consiste en tomar a la familia como la unidad más pequeña de análisis en situaciones, donde en realidad se deberían analizar los intereses, necesidades y actuaciones de los diferentes miembros de una familia (...)*” (Facio citada en Bodelón, 2008: 284)

La familia, como instrumento disciplinario informal, asegura la interiorización de las pautas convencionales de la feminidad construida. El derecho, como instrumento disciplinario formal, afirma Baratta, criminaliza las conductas disconformes. Ambos son controles de género masculino desde el punto de vista simbólico. Y en ambos, “*las formas e instrumentos, así como el discurso o la ideología oficial del sistema (que lo legitima y esconde sus funciones latentes detrás de las funciones declaradas) reproducen la diferenciación social de las cualidades y de los valores masculinos y femeninos.*” (Maqueda, 2006: 51).

La misma autora refiere, en idéntico sentido: “*Hay una estrecha interrelación entre la familia, como aparato disciplinario, y otras instancias de control social, como el derecho penal, que durante siglos ha convertido la frustración de esas expectativas morales en delitos.*” (Maqueda, 2014a: 12).

De esta forma, el Derecho Penal encaja perfectamente en la concepción de familia tradicional, porque ambos son instrumentos de control alineados para conseguir ciertas respuestas que partan de la feminidad, que ellos mismos legitiman, y que llaman a

cumplir con las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol.

El recurso al derecho penal supone una extensión a diferentes niveles: tanto de la intromisión del Estado en ámbitos cada vez mayores; la aplicación selectiva de las penas que acostumbran a recaer sobre los sectores más vulnerables de la población, una alianza extraña con el Estado que al tiempo que protege con reformas legales, mantiene intactas las estructuras que permiten el surgimiento de este delito en primer lugar y una confusión de modelos y objetivos distintos, que oscilan entre la reconstrucción de la familia o el fortalecimiento de la autonomía de la mujer (Larrauri, 1992: 299).

4.- La legítima defensa

Dicho todo lo anterior, se pasará a desarrollar la última pieza de encaje a la hora de condenar a la mujer *que agrede a su pareja* en los casos en los que se considera que existe una riña mutuamente aceptada.

La idea de que el derecho tiene género nos permite argumentar que las mismas prácticas significan cosas distintas para mujeres y hombres. La figura que se pretende analizar es un claro ejemplo de esta afirmación¹⁰⁷.

En los casos en los que se considera que existe riña mutuamente aceptada, esto implica, por defecto, la no aceptación de la legítima defensa; a no ser que del detalle de las circunstancias del caso, dicho por la totalidad de la doctrina, se observe que la riña se

¹⁰⁷ Sucedería lo que refiere Smaus, en el sentido que “(...) el “sentido” sexista de algunos tipos penales sólo se manifiesta en sus aplicaciones.” (Smaus, 1998: 82).

inició por una agresión ilegítima o en un momento determinado de su desarrollo, se emplearan medios agresivos desproporcionados, que llevaran a valorar la posibilidad de la existencia de esa legítima defensa.

Por lo tanto, cuando en el transcurso de la riña tenga lugar una *variación relevante de sus circunstancias iniciales*, de manera que alguna de las partes se encuentre “*con factores iniciales que no controlaba y que no había consentido, puede admitirse la defensa, al menos como eximente incompleta.*” (Molina, 2012: 28).

La referencia a “los factores iniciales que no controlaba” remite a una desproporción en la agresión. ¿Cómo se interpretará la misma? ¿Se interpretará igual para el caso de que se esté valorando la actuación de la mujer cónyuge o del hombre? Pero es más, también parece remitir a un control que debe ser completado de contenido. ¿La mujer debe poder esperarse y controlar una agresión con *el propio cuerpo?*, y si es que sí, ¿qué intensidad es necesaria para que se considere desproporcionada?, ¿la utilización de las manos por parte del hombre se considerará como “utilización de medios agresivos desproporcionados”?

Para poder acercarnos a alguna respuesta a partir de estas, y otras, preguntas, es necesario analizar la figura de la legítima defensa.

La legítima defensa es una causa de justificación que se regula en el art. 20.4 del CP. Y se define como: “*El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos*”, siempre que concurren tres requisitos, que el mismo epígrafe advierte, y son:

- 1) Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.
Según el Tribunal Supremo, por agresión ilegítima debe entenderse todo ataque inminente, real, directo, injusto, inmotivado e imprevisto.

- 2) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Significa que la persona agredida no puede acudir a otro medio que no sea el de defenderse para evitar el ataque del agresor y sus consecuencias.

- 3) Falta de provocación suficiente¹⁰⁸ por parte del que se defiende. Este tercer y último requisito es entendido por el Tribunal Supremo, como aquella que al *hombre medio* le hubiera determinado una reacción agresiva.

De estos requisitos, los núcleos problemáticos en materia de género han sido tratados a partir del análisis de los casos de mujeres víctimas de violencia de género que matan a sus agresores¹⁰⁹. Pero lo que ha podido observarse a partir de la presente investigación,

¹⁰⁸ Valga decir, en relación a dicho requisito, y aunque no ahondaremos en su análisis por no ser objeto de preocupación en el presente trabajo, que en la doctrina existe conflicto en cuanto a su existencia. En este sentido, Valle Muñiz refiere lo siguiente: “*No está claro el por qué frente a la agresión provocada no cabe oponer una defensa legítima, pues al fin y al cabo, el que responde a un ataque antijurídico con una acción defensiva no deja de actuar, en mayor o menor medida, al amparo de los principios de protección y de defensa o mantenimiento del Derecho frente a lo injusto.*” (Valle Muñiz, 1993: 468).

¹⁰⁹ A partir de dicho punto de vista, los argumentos utilizados para negar dicha eximente (en los casos dichos de mujeres que matan a sus agresores) han sido la falta de actualidad de la agresión ilegítima; la falta de necesidad racional del medio empleado y la falta de voluntad de defensa. (Larrauri, 2008:55).

es que tampoco se admite la legítima defensa cuando el resultado no es la muerte del cónyuge varón.

Los tribunales parten de varias hipótesis para negar la legítima defensa, cuando la defensa de la mujer alega dicha eximente¹¹⁰. Se pueden resumir en las siguientes:

1. En relación al elemento subjetivo “derechos propios o ajenos”, se desestima la legítima defensa planteada por cuanto se considera que la mujer no tiene voluntad de defensa¹¹¹, sino voluntad de venganza¹¹²;
2. No se considera la existencia de agresión ilegítima, puesto que tan sólo se valora el acto puntual (por lo tanto, no se pasa a analizar la posible existencia de malos tratos como posible indicio de agresión ilegítima)¹¹³;

¹¹⁰ Se solicita por la defensa de la mujer, pero a menudo también por parte del hombre

¹¹¹ Tan sólo admiten los tribunales dos posibilidades: o existe voluntad de defensa (entendida de una forma determinada) o ánimo de venganza. En cuanto a la primera posibilidad, es necesario traer a colación a Cabruja, cuando indica lo siguiente: “En la violencia ejercida por las mujeres, pocas veces la responsabilidad se sitúa en las acciones que pueden resultar opresivas para la mujer fruto del sistema patriarcal. Por ejemplo, las prohibiciones explícitas o implícitas recibidas, las demandas exigidas, los tratos denigrantes o abusivos. Es decir, una comprensión más relacional y marcada socialmente, como reacción a situaciones difícilmente soportables, consecuencia de la opresión y la dominación estructural que se traduce y juega en nlo relacional.” (Cabruja, 2007: 167)

¹¹² Se confunde el elemento subjetivo de la causa de justificación con el móvil (Villegas, 2010: 160).

¹¹³ En palabras de Larrauri: “*Que los malos tratos realizados por el marido son una agresión ilegítima es obvio.*” (Larrauri, 2008: 55). El problema en el que nos encontramos en los casos analizados es que no se considera que existan malos tratos.

3. Parten de una génesis de la agresión al unísono, para evitar pronunciarse sobre la posibilidad de que la riña se iniciara por una agresión ilegítima;
4. Parten de la igualdad de condiciones de ambos miembros de la pareja, para evitar pronunciarse sobre el posible empleo de medios agresivos desproporcionados que podrían llevar a valorar la posibilidad de la existencia de esa legítima defensa (en el sentido de considerar el uso de la fuerza por parte del cónyuge varón, con sus propias manos, desproporcionado);
5. Se basan en la consideración de que la agresión de ambas partes es un conflicto de pareja, normalizando la violencia.

Por el contrario, como se verá, el tribunal admite la legítima defensa siempre que los requisitos para admitir la existencia de la legítima defensa confluyan con una interpretación de los hechos que sitúe a la mujer en su adecuada y propia normativa de género.

4.1.- Los requisitos para considerar la existencia de la legítima defensa. En especial, el requisito de la existencia de agresión ilegítima

Por “agresión ilegítima” debe entenderse, como específica jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁴, *"toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles"*, creación de riesgo que la doctrina del TS viene asociando por regla general a la existencia de un *"acto físico o de fuerza o acometimiento material*

¹¹⁴ Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 900/2004, de 12 de julio (RJ 2004/4197)

ofensivo", pero también "cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato".

La jurisprudencia entiende que la agresión debe ser actual¹¹⁵ o inminente, para explicar el carácter necesario de la defensa. No existirá, pues, y sobre este particular son especialmente insistentes, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo, aunque la persona no tiene que esperar a que el ataque se inicie para ejercer su acción defensiva.

Para Roxin, una agresión es actual cuando se está produciendo, la inmediatamente anterior y la incesante (Larrauri, 1995: 33 y Villegas, 2010: 153)

En relación a la agresión inminente referida por el TS, el mismo alega que también es posible subsumir las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico¹¹⁶, sino que también puede

¹¹⁵ Larrauri plantea que se podría sustituir el requisito de la actualidad por el de "necesidad de la defensa", con más razón puesto que el requisito de actualidad no consta en el artículo 20.4 del CP (Larrauri, 1995).

¹¹⁶ Dicha afirmación del TS, respecto a que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico, se contradice con lo que indica la SAP Alicante 447/2011, de 7 de julio (JUR/2011/406469), en la cual se asume que existe una riña mutuamente aceptada y no existe legítima defensa, partiendo de la siguiente afirmación: " *Y esa es la tesis que mantiene el Tribunal Supremo para las situaciones de reyerta física, que no constituye en modo alguno el presupuesto activo de "agresión ilegítima"*

No tan sólo se está contraponiendo una supuesta "reyerta física" a una agresión ilegítima (ni se explica ni se describe la diferencia entre ambas); sino que además se asume que se ha de tratar de un acometimiento físico.

provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente (STS 1406/2007, de 18 de julio, entre otras muchas) (Molina, 2012: 30), en relación a cómo se entiende que debe ser la agresión ilegítima.

Lo cierto es que definir de modo teórico cuando un ataque es inminente resulta extremadamente difícil. ¿Cómo configurar la inminencia? ¿En base a criterios cronológicos o a otros criterios?

A mayor abundamiento, el problema de la inminencia se agudiza cuando nos encontramos frente a una amenaza que anuncian una agresión. Para Larrauri: *“Las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la legítima defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente.”* (Larrauri, 1995: 35). Pero entonces la dificultad estriba en que debería determinarse que las amenazas son ciertas y anuncian un ataque inmediatamente posterior.

En palabras de Corcoy: *“La dificultad para admitir que las amenazas son una agresión ha provenido de la interpretación del Tribunal Supremo que al definir agresión ilegítima acostumbra a exigir que esta adopte la forma de acometimiento físico* (Corcoy, 1991:926 en Larrauri, 1995: 34)

De hecho, cuando se niega que las amenazas del marido son una agresión inminente lo que se hace, en realidad, es no admitir como válida la versión que ofrece la mujer. Es más una cuestión de credibilidad.

Por su parte, sobre la agresión incesante planteada por Roxin, pueden traerse a colación los llamados delitos permanentes. La violencia de género podría tratarse de una agresión incesante, y, por lo tanto, encajar en el supuesto de agresión ilegítima, por cuanto sería actual, porque de forma permanente se está lesionando la libertad y la seguridad de la mujer.

Al respecto, y para los casos de la mujer víctima de violencia doméstica, cuando se afirma que la agresión no es permanente y, por lo tanto, no es actual es porque, en palabras de Larrauri, *“de forma implícita se asume que el bien jurídico amenazado debe ser exclusivamente la vida o a integridad física de la mujer. Si por el contrario se entiende que el bien jurídico lesionado por la situación de malos tratos no es sólo la integridad física sino la seguridad y la libertad de la mujer, ello permite afirmar que el ataque es incesante (y en consecuencia cumple el requisito de actualidad)”* (Larrauri, 1995: 38)

Tratados los conceptos principales en relación al requisito de agresión ilegítima, pasemos a ver ejemplos de sentencias en las cuales no se admite la legítima defensa por supuesta falta de existencia de dicho requisito; para poder comprobar, paralelamente, de qué forma se valora la existencia de una riña mutuamente aceptada.

En la SAP de Vizcaya 1034/2009¹¹⁷, se parte de que la riña excluye el requisito comentado, de la siguiente forma:

¹¹⁷ SAP de Vizcaya (Sección 6ª), núm. 1034/2009, de 3 de noviembre (JUR/2010/119649)

“ (...) La STS de 5-IV-1995 (en opinión jurisprudencial mantenida hasta la fecha) indica que "la riña mutuamente aceptada excluye, en principio, la agresión ilegítima, porque, en definitiva, cuando los dos contendientes se atacan y defienden, lo hacen para dilucidar sus diferencias de una manera brutal y primitiva, y uno y otro, por tanto, están fuera del derecho y de la legítima defensa que, como causa de justificación representa una prevalencia del orden jurídico, ante el hecho ilegítimo que vulnera..." y (...) no exime a los jueces del deber de averiguar (...) la génesis de la misma para obtener las adecuadas consecuencias, incluyendo, en determinados sucesos, valorar y apreciar, si procede la eximente alegada, o atenuar la responsabilidad de alguno de los partícipes en base a esas circunstancias probadas.” (Subrayado añadido).

Principalmente se trata, tal como se ponía de manifiesto en el apartado dedicado al art. 153, que la riña, considerada como un ataque entre dos “contendientes” en igualdad de condiciones, evitará la afirmación de que existe violencia de género y, por lo tanto, también impedirá la aplicación de la legítima defensa por parte de la mujer.

Esto no es menor, puesto que la no aceptación de la legítima defensa supone, como se vio en anteriores apartados, que se condene por una falta de lesiones a ambas partes o por un delito de lesiones del art. 153 también a ambos.

Además, la doctrina observa si la riña *se inició* en base a una agresión ilegítima. En el fragmento de la sentencia transcrita se trata la “génesis”. Por lo tanto, en la mayoría de ocasiones se fijarán en quién “inició la disputa” para poder empezar a discernir si existe una posible agresión ilegítima. Veamos ejemplos.

El caso de la SAP de Granada 429/2018, ya citada, se señala:

“(…) resulta incuestionablemente cierto que cada uno fue agredido por el otro, en el contexto de una discusión, por banales motivos (la supuesta pérdida de unas llaves), que degenera en mutua agresión”.

Se debe recordar que del relato de hechos queda probado que el cónyuge masculino dio “dos bofetadas” a su pareja, y ésta “le arañó en el rostro.” La Audiencia de Granada considera que existe “riña mutua” y condena a ambos como autores “de un delito de malos tratos” del art. 153.

Ante esta condena, la defensa de la mujer cuestiona infracción de precepto legal por indebida aplicación del art. 20.4 del CP, puesto que considera que la prueba demuestra que la acusada arañó al coacusado para “zafarse de la agresión de que estaba siendo víctima”.

Pues bien, dicha afirmación la Audiencia la desestima de la siguiente forma:

“El Juzgador ha estimado que no se produjo una agresión ilegítima, en los términos descritos de la eximente, sino una situación de riña o pelea mutuamente aceptada. La jurisprudencia ha sido unánime en considerar que en los casos de riña mutuamente aceptada no puede invocarse o aplicarse la legítima defensa (...), pues quien permanece voluntariamente en una situación de riña mutuamente aceptada, con recíproco intercambio de golpes, pasa de ser agredido a agresor y, por tanto, si allí permanece con conciencia recíproca del riesgo mutuo, deber soportar o aceptar las consecuencias lesivas de sus

acciones. Por eso, se excluye la legítima defensa en estos casos, siendo indiferente quien comenzó la discusión o agresión”.

Conceptos como “conciencia recíproca del riesgo mutuo” y el hecho de que “se debe soportar o aceptar las consecuencias lesivas de sus acciones”, parece remitir al hecho de que si existe una agresión por parte de la pareja, la mujer debe tolerarlo, so pena de que si no se conforma, se considerará que existe una “riña” con esa conciencia recíproca. Es dudoso, además, esa “voluntariedad”: las mujeres ni han (hemos) elegido la discriminación estructural, ni han (hemos) elegido el maltrato.

Además, dicha sentencia indica que es indiferente la génesis de la discusión, cuando se ha visto en la sentencia anterior que dicho elemento se toma como un indicio de la existencia de riña o de agresión ilegítima.

Ahondemos más en la cuestión de la génesis de la agresión. Sobre la importancia de investigar el origen de la agresión, encontramos la SAP Alicante 447/2011, ya citada.

En dicha sentencia se utilizan expresiones como: *“se trató de una riña mutuamente aceptada por ambos, porque ninguno de ellos rehusó la pelea”*; se parte de la existencia de un *“altercado”*, y de una *“agresión recíproca entre dos partes diferenciadas que participan activa y mutuamente en actitud atacante y defensiva a la vez, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas la iniciación de un ataque definido que coloque al oponente en situación de legítima defensa”* y se *“enfrascaron en una pelea, al unísono, que degeneró en una riña mutuamente aceptada”*.

Para evitar pronunciarse sobre dicho inicio, y poder valorar si se trata de una agresión ilegítima con una legítima defensa, se llega al absurdo de afirmar que se inicia la pelea “*al unísono*”.

Otros ejemplos en los que se trata la falta del requisito de la agresión ilegítima y la existencia de riña mutuamente aceptada lo encontramos en la SAP de La Rioja, 101/2007¹¹⁸, en sentido idéntico al que se ha ido poniendo de manifiesto:

“(…)En este caso, no puede concluirse que la riña la iniciase la otra parte y D^a Lucía se viese en la tesitura de tener que repeler una ilegítima agresión, sino que existió una riña entre ambos, en el ámbito del deterioro de su relación personal, iniciada con una discusión verbal que desembocó en la riña mutuamente aceptada con acometimientos por ambas partes, situación ésta incompatible, según reiterada jurisprudencia, con la eximente de legítima defensa, pues en la riña que aceptan mantener contendientes enfrentados parece subyacer un acuerdo tácito para dirimir diferencias interpersonales recurriendo a formas de violencia física, y la existencia de esa especie de acuerdo excluye la posibilidad de que a la agresión de una parte se responda por la otra forzosamente y sin acceder a admitir la riña, tan sólo con una finalidad autodefensiva.” (Subrayado añadido)

Conceptos como “*subyace un acuerdo tácito para dirimir diferencias interpersonales recurriendo a la violencia física*” es un juicio de valor del mismo tribunal, que, al margen de las consideraciones de las partes, normaliza la violencia en la pareja, desoyendo al legislador de la LOVG, que advierte que la violencia es la forma en la que

¹¹⁸ SAP de La Rioja (Sección 1ª), núm. 101/2007, de 14 de mayo (JUR/2007/288544).

se mantiene a una mujer en situación de sumisión.

En dicha sentencia, se estima el recurso formulado por el cónyuge masculino, se concluye improcedente la apreciación en la mujer de la eximente de legítima defensa y se la acaba condenando (en primera instancia estaba absuelta) por un delito de violencia doméstica del artículo 153.2 del Código Penal, a 6 meses de prisión (idéntica pena a la de él, condenado a un delito de lesiones del art. 153.1).

El hecho de que si se trata de “*contendientes*” o “*recíprocos agresores*” anula la posibilidad de aplicación de la legítima defensa tampoco es una cuestión que los tribunales definan, aunque la declaración respecto a que los “*contendientes (que) se convierten en recíprocos agresores*” se cita en la mayoría de sentencias analizadas.

Por ejemplo, en la SAP de A Coruña 406/2018, ya referida, se despacha el relato de los hechos de la siguiente forma:

“En la madrugada del día 29 de agosto de 2014, en el domicilio en el que convivían, (...), tras una inicial discusión se acometieron mutuamente. Raúl propinó a Adela una bofetada y varios puntapiés en la cara y estómago. Después la lanzó a la cama y la inmovilizó hincándole las rodillas en los brazos y posteriormente en el cuello. Adela a su vez golpeó a Raúl con unos cajones en la mesilla de noche y una botella de agua que arrojó contra él.”

Equiparando el desvalor de bofetadas y puntapiés en la cara y estómago con “golpeó con unos cajones en la mesilla de noche”, que no se acaba de entender. Como tampoco se entiende que la sentencia de instancia lo condenara a él por “*malos tratos*” a 60 días

de trabajos en beneficio de la comunidad y a ella por “*malos tratos familiares*” a 9 meses y un día de prisión. La SAP revoca esta sentencia, en el sentido de condenarla a ella con idéntica pena: 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

En palabras de Larrauri: “*Es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona “forcejeos mutuos”, dando a entender que estamos frente a comportamientos de igual desvalor. La expresión “agresiones mutuas” oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente*” (Larrauri, 2009: 12).

En palabras de la misma autora: “*Un golpe de un hombre es el mismo comportamiento que el golpe de una mujer? Si la respuesta es no, entonces se justificaría en que la agresión del hombre produce más temor que la de la mujer, y porque la agresión del hombre conlleva un mayor peligro de ocasionar una lesión más grave. Por ello la equiparación de agresiones no debería producirse mecánicamente, por eso son incorrectas diversas sentencias en las que determinadas situaciones son calificadas de agresión mutua.*” (Larrauri, 2007: 128)

Otro ejemplo de esta equiparación de desvalores, así como la forma en que se trata el “inicio de la agresión” lo encontramos en la SAP de Madrid¹¹⁹ 587/2017, de 18 de octubre, en la cual no se admite que ella obrara en legítima defensa.

En el supuesto de hecho de la SAP de Madrid se indica que se agredieron mutuamente de la siguiente forma: “*acometiendo el acusado contra la acusada, golpeándola con la mano abierta, dándole dos bofetadas mientras le decía que la iba a enseñar a*

¹¹⁹ SAP de Madrid (Sección 26ª), núm. 587/2017, de 18 de octubre (JUR/2017/299327)

respetarle, y tirándola sobre la cama donde la apretó el cuello. Asimismo, la acusada se abalanzó sobre el acusado dándole golpes y arañazos en los brazos, pecho y en la espalda, además de propinarle golpes con un zapato.” (Subrayado añadido).

Pues bien, ante la condena por el 153.2 de ella, se defiende un “intento de ahorcamiento” y el hecho de la no equiparación de condenas entre esto y los arañazos defensivos que presentaba el acusado. El recurso no prospera, en base a la consideración siguiente:

“Cuando ha existido intercambio de golpes entre dos personas (o más), indagar en la medida posible acerca de cuál pudo ser el objeto y las vicisitudes de la disputa, con el designio de determinar si, en efecto, los contrincantes resolvieron libremente pelear o si, por el contrario, uno de ellos comenzó la agresión, limitándose el otro a protegerse y evitar o repeler el ataque del que primeramente habría sido objeto.”

La Audiencia asume que hay riña mutua, sin tener en cuenta del relato de los hechos “*te voy a enseñar a respetarme*”, el hecho de que le apriete el cuello en la cama, que ya de por sí sería suficientemente significativo y podría resultar en un indicio, no ya del especial ánimo discriminatorio, sino de que si ella le araña es para defenderse.

Parece que lo que se está diciendo entre líneas es que si hubiera querido estrangularla, lo hubiera hecho¹²⁰. De esta forma, las posibilidades de agresión del varón y, por lo tanto,

¹²⁰ Éste es otro ejemplo de indicador que se adopta por la jurisprudencia para considerar que en el hombre no existe dolo: el arma utilizada. De forma inadvertida, este indicador es perjudicial para la mujer. Pues mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. (Larrauri, 2008: 25).

la valoración de su fuerza, van en detrimento de la propia acusada. En un doble sentido, además, porque debería determinarse la responsabilidad social en la creación de cuerpos femeninos que son incapaces de defenderse¹²¹, y si son capaces de defenderse son sancionados por ello, al fracasar en su papel moral de sujeto afectivo.

El cuerpo forma parte de una regulación que se cruza en una compleja relación entre procesos psíquicos, normas culturales y organización social. Cabruja denomina “polaridades peligrosas” a la división dicotómica que se refería con anterioridad, desde cuerpo-mente, interior-exterior, psicológico-social, pasión-razón, con el correspondiente reduccionismo de los procesos sociales y subjetivos. (Cabruja, 2009: 142).

En la gran mayoría sentencias analizadas se parte de que se trata de un enfrentamiento mutuo, con un “*deliberado propósito mutuo de acometerse*” (SAP de Almería 356/2008¹²²), que entronca directamente con las reflexiones que se están llevando a cabo en tanto la “*génesis de la agresión*”. Lo que resulta sorprendente, ante aseveraciones como la que seguidamente se transcribe:

Es evidente que del relato fáctico de hechos probados se deduce que las actitudes agresivas de ambos miembros de la pareja fueron simultáneas y

¹²¹ En palabras de Larrauri, cuando reflexiona sobre las razones por las cuales se entiende que las mujeres son un colectivo vulnerable: “*la situación de desigual poder político, económico y social de las mujeres en la sociedad, lo cual es obviamente admitido; la distinta constitución física producto de una construcción social en un contexto patriarcal, a partir de técnicas disciplinarias femeninas que producen un cuerpo “sometido y práctico” e inferior; y otra fuente de vulnerabilidad en las mujeres parejas son las creencias sociales que rodean a la mujer pareja (cuidadora, estar disponible sexualmente, ocuparse del trabajo doméstico, ser de posesión exclusiva)*” (Larrauri, 2007: 123 y 124)

¹²² SAP de Almería (Sección 3ª) núm. 356/2008, de 3 de noviembre (JUR/2009/63433).

manifestación de un recíproco propósito de acometimiento en el curso de una pelea aceptada por los contendientes, y que en ningún caso fue impuesta e iniciada por ninguno de ellos en concreto.”

Por lo tanto “es evidente que se deduce” que la Audiencia considera dos grandes premisas: i) el origen de la agresión es simultáneo (así, de paso, evita pronunciarse sobre la posible utilización de medios agresivos desproporcionados, que bien podría ser la violencia ejercida utilizando las manos, que llevaran a afirmar la legítima defensa); y ii) existe, a priori, una cierta libertad de decisión por ambas personas en igualdad de condiciones.

Estas afirmaciones llevan a condenar al cónyuge varón por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia sobre la mujer del art. 153.1 y 3 CP a 9 meses de prisión y un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 con agravante de reincidencia a 10 meses de prisión (lo que se traduce en una condena de 19 meses de prisión) y a la cónyuge mujer por un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.2 y 3 a 9 meses de prisión y un delito de amenazas en el ámbito familiar del art. 171.5 párrafo 2, a otros 9 meses de prisión (lo que se traduce en una condena de 18 meses de prisión). Es necesario apuntar la idea de que tan sólo se diferencia la pena en un mes, cuando él además es reincidente.

Es lo que se presume también en la SAP Alicante 447/2011 cuando se afirma, partiendo de doctrina del TS: *“los contendientes que aceptan y mantienen libremente el enfrentamiento mutuo, se sitúan fuera del derecho y pierden, por tanto, su protección”*.

En idéntico sentido, la SAP de Burgos 18/2013, que cita jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que, se recuerda, se especifica que existe un intento de homicidio y así y

todo, se subsume como agresiones mutuas sin apreciar legítima defensa; reitera estos conceptos:

“el acometimiento mutuo voluntario y simultáneamente aceptado, la riña o el desafío, del mismo modo mutuamente aceptado, excluyen la idea de agresión ilegítima generadora de la legítima defensa (...), por entender que en tales circunstancias los contendientes se convierten en recíprocos agresores (...); excluyéndose de esta doctrina, lógicamente, los supuestos de riña obligada o impuesta, en los que se aprecia la existencia de agresor y víctima (...)”

Por lo tanto, esta supuesta “riña obligada o impuesta” no se llega a producir, si existe cierto comportamiento defensivo por parte de la mujer cónyuge. Además, podríamos plantearnos cómo está operando aquí la institución del consentimiento, puesto que parece que de la mujer se espera una determinada obediencia y sumisión en el ámbito familiar, tal como se apuntaba en el apartado dedicado a la “paz familiar”.

Volviendo a Macaya: *“La consideración de una relación análoga entre los cónyuges o miembros de la pareja, sin apreciar componentes de género o de desigualdades más allá del momento de la “riña” enjuiciada, actúa en detrimento de las mujeres.”* (Macaya, 2013: 79).

En otro orden de cosas, es necesario analizar una sentencia en la que se reconoce la legítima defensa y por lo tanto se absuelve a la imputada (había sido condenada en primera instancia por un delito de lesiones en el ámbito familiar a 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, pena idéntica a la de él), pero con ciertas salvedades que hay que tener en cuenta.

Se trata de la SAP de Vizcaya 1034/2009¹²³ ya citada. En los antecedentes de hecho, se indica que “(...) el día siete de noviembre de dos mil siete coincidiendo ambos en el trabajo, comenzaron una discusión en el curso de la cual D. Gerardo agarró fuertemente del brazo a D^a Fermina y la colocó contra la pared. D^a Fermina, temiendo que la agresión se prolongase, mordió en el pecho a D. Gerardo con la finalidad de huir del lugar en que él la retenía, lo que consiguió.”

Ante estos hechos, la defensa de Fermina alude al hecho de que él no debería estar en el lugar de trabajo, y explica que “se trata de un acoso constante al que él la somete, porque no acepta la ruptura que ella propició o interesó.”

Ante esta afirmación, la sentencia omite que quizá se está tratando de maltrato habitual, por cuanto se explicita “que se trata de un acoso constante al que él la somete”. Nada se dice al respecto, como si fuera un dato colateral sin importancia en la resolución de la causa.

Pues bien, para justificar qué se entiende por la eximente de legítima defensa, que se acepta, la SAP de Vizcaya 1034/2009 argumenta del siguiente modo:

“Eximente de legítima defensa.- La doctrina y la jurisprudencia parten de que la naturaleza jurídica de este supuesto se basa en un derecho esencial del individuo, aunque su utilización debe ser excepcional (TS 862/2002,16-5) Se considera causa de justificación (TS 2442/2001,18-12) y el ánimo que ha de guiar su apreciación es única y exclusivamente de defensa (TS 748/2002,5-4 y 858/2001,14-5) que se apreciará cuando el agredido antijurídicamente responde

¹²³ SAP de Vizcaya (Sección 6^a), núm. 1034/2009, de 3 de noviembre (JUR/2010/119649)

la agresión con conocimiento de la existencia de la misma (TS 273/2000,29-2)”

De la lectura de dicho párrafo surgen diversas dudas: no se aclara por qué la utilización de la legítima defensa “debe ser excepcional”¹²⁴ y se omite la referencia a las sentencias en las que se pone de manifiesto que la defensa no tiene por qué ser el único ánimo¹²⁵.

Dicha supuesta excepcionalidad podría interpretarse como que la legítima defensa opera de forma subsidiaria a la protección que brinda el Estado¹²⁶, en palabras de Molina: *“cuando el sistema público y formalizado de solución de conflictos no pueda ofrecer una respuesta adecuada a la protección de bienes jurídicos por la inminencia de la agresión y la irrevocabilidad del mal amenazado.”* (Molina, 2012: 32)

Pero la cuestión sería otra: ¿el Estado está ofreciendo y/o puede ofrecer, a través del derecho penal, una respuesta adecuada a la vulneración de derechos humanos que tiene lugar en todos los ámbitos, pero, en especial, en el ámbito privado, en relación a la mujer?

¹²⁴ Parece que lo que se está afirmando es que los lazos familiares deben ser conservados por encima de los derechos de la mujer. Además ¿en todos los casos debe ser “excepcional”, o se está limitando a los casos específicos en los que se alude a la legítima defensa por parte de la mujer que quebranta su propia normativa de género?

¹²⁵ Requerir el exclusivo ánimo de defensa supone exigir una cualidad moral que el derecho no debe entrar a valorar (Molina, 2012: 43)

¹²⁶ La subsidiariedad es un requisito de otra causa de justificación, como es el estado de necesidad, y no de la legítima defensa. (Pérez, 2016: 59).

Esto es: por una parte, requiere a sus ciudadanxs que apelen a la intervención del mismo para proteger los propios intereses, y por otro, define qué intereses van a disfrutar de esa protección.¹²⁷

En palabras de Bodelón: *“De forma creciente, se ha visibilizado que el Estado puede ser también un agente que comete formas de violencia de género institucionalizada, no sólo porque a través de sus agentes se realicen actos de violencias físicas, psicológicas o sexuales, sino también por la responsabilidad que tiene el Estado y sus agentes en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias contras las mujeres.”* (Bodelón, 2014: 133).

Que la administración de justicia que interprete la violencia de género no tenga en cuenta dicha violencia en los casos en los que la mujer se defiende, se convierte en otra agresión por parte del Estado, por inaplicabilidad de la LOVG y por la aplicación de una pena a la mujer agresora/víctima, lo que conlleva victimización secundaria.

Que los diferentes poderes del Estado no den una respuesta efectiva a la situación de violencia de género, por causa de la aplicación de las normas penales en base a

¹²⁷ Es necesario recordar que hasta no hace tanto se ha tenido una regulación legal que permitía pensar que en el plano doméstico la representación del Estado la ejercía el marido, además de que tradicionalmente la policía se ha inhibido en perseguir el tipo de delitos que tenían lugar en el ámbito privado. (Larrauri, 1994:6).

Como ejemplo, la Ley de 24 de abril de 1958, reguladora de la capacidad de obrar de las mujeres casadas, contenía en su Exposición de Motivos lo siguiente: *“por exigencias de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido”*. Dicha afirmación estuvo vigente hasta el 2 de mayo de 1975. (Montalbán, 2004: 36).

En palabras de Ortubay: *“El sistema penal no es un buen aliado de las mujeres; quizás lastrado por su origen –históricamente el poder de castigar ha estado en manos masculinas-, no se siente cómodo castigando lo que hasta hace unas décadas era un ejercicio legítimo de la autoridad del “cabeza de familia”*. (Ortubay, 2015: 665 y 666).

estereotipos de género, que impide el derecho a un juicio justo con todas las garantías, implica la existencia de violencia institucional.

Al respecto, Hopp indica: *“La inacción frente a la violencia es una nueva agresión, los mismos defectos sistemáticos que impiden al Estado ver la violencia y proteger a la víctima llevan luego a la penalización de la única salida que la mujer pudo encontrar, consumando definitivamente la discriminación.”* (Hopp, 2012:69).

En palabras de Macaya: *“Las mujeres agresivas con sus parejas constituyen el ejemplo proscrito de la agencia femenina: por una parte, culpadas por subvertir el principio del monopolio estatal en el uso de la violencia y de su propia normativa de género; y por otra parte, siendo el ejemplo de una agencia dramática, aquella que pasa por el daño infringido a otro con la finalidad de salvaguardar la propia supervivencia.”* (Macaya, 2013: 29).

Relacionado con la existencia de agresión ilegítima, es necesario referir una sentencia que trata directamente el deber de fuga, obligación que, aunque de forma velada, se impone por los tribunales a la mujer que se encuentra ante una agresión por parte del cónyuge varón.

Al respecto, la SAP de Vizcaya 1034/2009, ya citada, que se pronuncia del siguiente modo:

“Se asume, de modo general, que no desaparece el presupuesto para la aplicación de esta circunstancia modificativa de responsabilidad, por el hecho de que el agredido pueda eludir el ataque mediante la huida, ya que la fuga

solamente es exigible cuando no sea vergonzante (TS 1630/2002,2-10) aunque algunas sentencias establecen la necesidad de valorar que el agredido puede optar, legítimamente y siempre, entre la huida y el enfrentamiento, (TS 1766/1999,9-12). En todo caso, sí se analiza la exigencia de actualidad en la agresión, que impedirá apreciar la eximente cuando la agresión inicial ya ha cesado, pues no existe entonces necesidad de la defensa sino ánimo de venganza (TS 748/2002,5-4).”

Que el agredido pueda optar entre la defensa y la huida, es una opción que parece que tan sólo se infiere del hombre. Se ha visto que si la mujer no huye, y opta por la agresión, decaerá su pretensión en cuanto a que se considere la existencia de legítima defensa.

No obstante esta realidad, la jurisprudencia del TS, indica: *“la posibilidad de marcharse o de escapar, por sí misma, no permite excluir el carácter necesario de la defensa”*¹²⁸. Esta afirmación parece que dependerá de a qué género pertenezca la persona que tome la decisión.

Por otro lado, es necesario reiterar que además de la defensa pueden existir otros ánimos, y no tiene por qué ser el de venganza. Negar la legítima defensa afirmando que la mujer actúa motivada por un elemento subjetivo de venganza en vez de por el ánimo de defensa es rechazable, por cuanto es suficiente que se den los requisitos de la eximente y, en el caso de que se requiera un especial ánimo de defensa, por parte de un sector doctrinal, se admite que dicho ánimo puede concurrir con otros motivos.

¹²⁸ STS (Sala Penal) núm. 670/1999 de 5 mayo (RJ 1999\3393).

En este sentido, como ejemplo, la SAP de Madrid 786/2015, ya citada, en la que, tras pretender la defensa de ambos haber sido injustamente agredidos y haberse defendido, la Audiencia no solo no se pronuncia sobre la petición de legítima defensa de la cónyuge mujer, sino que despacha que se trata de una agresión mutua con la siguiente afirmación: *“No se considera probado que ninguno de los acusados obrara en y con ánimo de exclusiva defensa, elemento indispensable para asumir la eximente alegada en cualquiera de sus formas.”*

Por último, el requisito que se infiere en relación a que la agresión inicial ya haya cesado, se interpreta de forma masculina, como si fuera una pelea callejera. Pero lo cierto es que, como se ha visto, la agresión puede ser incesante o inminente (aunque también la jurisprudencia interpreta dichos elementos en clave masculina).

En otro orden de cosas, examinado lo dicho en relación a la Sentencia de la SAP de Vizcaya 1034/2009 (recordemos que los hechos son que, en *“una discusión”*, él *“la agarra del brazo y la coloca contra la pared”* ante lo cual ella *“muerde en el pecho para huir”*), la Audiencia reconoce que existe legítima defensa, no riña mutuamente aceptada, de la siguiente forma:

“Si las causas por las que comenzó la discusión entre el Sr. Gerardo y la Sra Fermina no han podido quedar determinadas, no podemos valorar si hubo o no una provocación de alguna clase por parte de esta apelante. (...) De las declaraciones de ambos, lo que se concluye es que ella reacciona, a posteriori pero sin solución de continuidad, de modo inmediato e irreflexivo, con lo “primero que puede” (si estaba sujeta, como se infiere de la propia lesión padecida por la Sra. Fermina , y de las manifestaciones de ambos, no tenía los

brazos para defenderse) es mordiendo precisamente en la zona a su alcance (folio 43: hemitórax) para irse, que es lo que, inmediatamente hace, sin que prosiga el episodio violento, precisamente por la reacción de la agredida. La inminencia de la agresión es evidente, al igual que, el medio empleado por la mujer es el único con que contaba, produciendo, además, una leve lesión, sin que se atisbe ni reacción desproporcionada, ni daño superior al que el agresor le produce”

Diferentes cuestiones a poner de manifiesto:

Por un lado, la sentencia se fija en quién “*inició la pelea*”, resultando que no puede resolverse quién lo hizo (el juzgador se fija en el tercer requisito para apreciar la legítima defensa, esto es la falta de provocación¹²⁹). Sin embargo, en dicha sentencia no se apela al “favor reo”, sino que se infiere que existe una agresión ilegítima, puesto que se basa en otros elementos, como la proporcionalidad en la agresión (que utiliza el tribunal como sinónimo de “racionalidad”¹³⁰ en el medio empleado. Esto es, el segundo requisito para considerar la legítima defensa).

¹²⁹ Sobre el requisito de la falta de provocación, se entiende que, quien, con su actuar previo, ha provocado la agresión de la que se defiende, no puede reclamar la justificación de su acto, en la medida en que él es corresponsable de la agresión ilícita que desemboca en la acción defensiva.

Pues bien, del análisis de la figura de la riña mutuamente aceptada, la jurisprudencia está refiriendo esta corresponsabilidad entre las partes para evitar aplicar la legítima defensa. Pero no se cita expresamente (sería admitir que la mujer es responsable de la violencia de género que sufre. Y, no obstante, de todo lo analizado, parece ser esto lo que subyace en el discurso).

¹³⁰ La racionalidad del medio empleado no tendría por qué ser entendida como proporcionalidad. Con más razón, puesto que la mujer deberá acudir a medios esencialmente más gravosos para poder tener una defensa exitosa. Por lo tanto, el parámetro para medir la racionalidad debería hacerla el juzgador sobre la base de “la mujer media en ese contexto”, no sobre el hombre medio. (Villegas, 2010: 160).

Entre otros elementos en los que se basa, más allá de los concretos requisitos de la legítima defensa, es que ella es descrita como víctima de la situación, sin agencia ni posibilidad de actuar de otro modo del que lo ha hecho, lo que la sitúa en el cumplimiento de su normativa de género; puesto que se describe que la agresión es “*para zafarse*” en un intento por calmar la situación comportándose de forma correcta, para el modelo de feminidad patriarcal conformado.

Por último, comentar que del relato de los hechos y el reconocimiento de la legítima defensa completa a la acusada, se desprende de nuevo el deber de huida¹³¹ por parte de ella, en franca oposición a lo que se refería con anterioridad.

Es interesante traer a colación otra sentencia en la que se admite legítima defensa. Se trata de una Sentencia del Tribunal Supremo, la núm. 1131/2006, de 20 de noviembre¹³², en la que los antecedentes de hecho se asume que las partes empezaron a “*disentir*” y él, en un momento dado, le dio a ella “*una palmada en la cara*”, a lo cual ella “*que estaba sentada se levantó empezando ambos a forcejear entre sí*”, en el curso del cual ella le arañó y él la empujó, tirándola al suelo.

¹³¹ Este deber de huida entronca directamente con lo que Hopp denomina “*el deber de solidaridad consustancial a la comunidad de vida*”. Es decir, este deber de huida impone a la mujer retirarse de la casa para evitar tener que defenderse y presuponen, en palabras de Hopp, que cita a la jueza Highton “*la libertad de la voluntad de la mujer de una manera meramente ficcional y francamente paródica.*” (Hopp, 2012: 57).

¹³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1131/2006, de 20 de noviembre (RJ/2006/8115)

En dicha sentencia, la Audiencia de instancia imputó a ambos un delito de maltrato familiar¹³³, a él nueve meses de prisión y a ella ocho. Pues bien, al recurrir, se plantea ante el TS la eximente de legítima defensa, ante la cual se dicta lo siguiente:

“En el caso, las lesiones son causadas por la recurrente a su esposo en el curso de un forcejeo, lo que en principio podría conducir a la apreciación de la existencia de una riña mutuamente aceptada, de modo que quedaría excluida la legítima defensa. Sin embargo del hecho probado resultan otros datos que conducen a conclusiones diferentes. Así, se declara probado que ambos cónyuges comenzaron a «disentir» a consecuencia de las medidas acordadas en el procedimiento de separación, lo cual no puede identificarse con una situación de riña, pues aún no ha hecho acto de presencia la violencia, ni verbal ni física, pudiendo haberse limitado, según el hecho, al mantenimiento de opiniones no coincidentes, con mayor o menor vehemencia.

La violencia aparece por vez primera al dar el acusado a la recurrente una palmada en la cara, es decir, una bofetada, sin que se precise su intensidad, pero siendo claramente lo que motivó que aquella, que estaba sentada, se levantara. Nada se dice en el relato fáctico acerca de un acto de agresión por parte de la mujer como reacción a la agresión de su esposo. Al contrario, se describe que se limitó a reaccionar levantándose, es decir, de un modo que no puede considerarse agresivo en sí mismo, pudiendo valorarse como un mero acto de defensa ante la actitud violenta del coacusado.” (Subrayado añadido)

¹³³ En palabras de Ortubay: “Cuando una mujer no trata bien a las personas de su familia no es “buena mujer” sino que “maltrata”. (Ortubay, 2015: 653).

Por lo tanto, se vuelven a observar los elementos que se indicaban para el caso de la sentencia anterior: la mujer realiza un gesto que puede equipararse a la huida “se levanta”, no agrede físicamente al hombre, y no inicia esa “pelea”. Vuelve a cumplir la mujer las expectativas del Tribunal, lo que se requiere de su condición esencial de mujer.

Para que pueda considerarse que no se llega a una riña mutuamente aceptada, se está a cómo reacciona la mujer en el momento inmediatamente posterior, si se inicia por el hombre, a la agresión física, que, en este caso, es una “palmada”. Por lo tanto, parece que sí se tiene en cuenta quién inicia la agresión, y si la defensa reviste poca gravedad, para considerar que existe legítima defensa. Pero lo que realmente tiene en cuenta la Sala es que la mujer no reaccione de forma violenta, para que pueda admitirse la eximente de legítima defensa¹³⁴.

En palabras de Macaya: *“La violencia no es un atributo de la feminidad. En la composición dicotómica de género, la violencia es un atributo de la masculinidad, mientras que a las mujeres se les otorga la condición pacífica y cuidadora”* (Macaya, 2013: 75).

En el momento en el que la mujer demuestra una característica alejada de su normativa, y se aproxima a la considerada propia de la masculinidad, la misma será sancionada. Al respecto, Macaya, de nuevo:

¹³⁴ En palabras de Macaya: *“Lo que podemos destacar es el hecho de que sean precisamente en aquellas sentencias en las que se reconoce las eximentes y se des-culpabiliza a las mujeres de agredir a sus esposos, en las que la definición de las características de las mismas, sea tan coincidente con la idea socio-culturalmente reconocida de la feminidad heteropatriarcal conformada y no desafiante.”* (Macaya, 2013: 96).

“De la lectura detenida de las sentencias se desprende un implícito muy presente en la construcción de la feminidad patriarcal: la diferenciación entre las buenas y las malas mujeres. (...) Por otra parte, las feminidades descritas con mayor conformidad a lo que debe esperarse de una “buena mujer”, son premiadas con el reconocimiento de sus alegaciones.” (Macaya, 2013: 82)

Para continuar ejemplificando los atributos que el juzgador atribuye a la feminidad para poder considerar la legítima defensa, es necesario traer a colación una sentencia en la que el tribunal desvalora la resolución de conflictos utilizando la fuerza. Es el caso de la SAP de Álava 313/2015, anteriormente citada:

“(...) no es posible alegar válida y eficazmente una legítima defensa, en este tipo de agresiones en las que la mujer, sin ninguna justificación razonable (si la hay alguna vez) golpea al hombre, y éste responde con cierta proporcionalidad, sin excesos, no es de apreciar que haya una voluntad de dominación, sumisión o sojuzgar, sino más bien la de evitar la progresión de la acción violenta.”

Tres cuestiones importantes a destacar:

Por una parte, encontramos una crítica sobre el hecho mismo de utilizar la fuerza, si bien, curiosamente, es la única sentencia analizada en la que se ha encontrado planteado este desvalor, y justo en el caso en que “inicia” la agresión la mujer. Si sobre lo que está opinando el juzgador es que la violencia no es una forma de resolución de los conflictos en el ámbito familiar, como parece que hace, es justo cuando se está tratando un supuesto de hecho en el que es la mujer la que “golpea” a la pareja masculina,

vinculando pues su conducta a una falta ante la esencia naturalmente pacífica de la mujer¹³⁵.

Sobre esta cuestión, se pronuncia Macaya: *“Los valores de género predominantes en un sistema social influirán en los juicios que se otorguen a las acciones de los individuos asimilados con uno u otro polo de la dicotomía genérica. La construcción histórica de la feminidad ha propiciado una idea de las mujeres basada en la pasividad y el pacifismo, las prácticas no violentas y el amor a la vida como antídoto ante cualquier posibilidad de reacción violenta, incluso cuando esta pudiera utilizarse para defender la propia vida o la de algún ser querido.”* (Macaya, 2013: 18).

Por otra parte, el hecho de que se trate la respuesta de él como *“con cierta proporcionalidad, sin excesos”*, nos lleva a plantearnos varias reflexiones: i) en el hombre se presume que no existe dolo de lesionar, por cuanto podría haberla lesionado más, justo lo contrario de lo que se considera en ella (como ya se ha avanzado en un epígrafe anterior); ii) no existe desvalor en la respuesta física por parte de él, y la Audiencia justifica esta acción agresiva, siempre y cuando su respuesta *“no se extralimite”*; y esto denota la normalidad con la que es asumida la violencia masculina hegemónica y el trato de la misma como un hecho aislado, puntual.

En palabras de Osborne: *“La socialización de género (...) supone propugnar un modelo que ve como normal en los varones cierta dosis de agresividad en su conducta, como si parte inherente a la masculinidad fuera cierta dosis de violencia. (...) Cuando se trata*

¹³⁵ Es a través de todo un entramado cultural, reflejado en medios de comunicación, que transmiten y enseñan a las mujeres obediencia, pasividad, ternura, acatamiento de la ley, ser para el otro; mientras que en los hombres se fomenta la agresividad, la actividad, la fuerza.

de las mujeres, la violencia no sólo no entra a formar parte de la socialización femenina sino que en ellas se promueve, sobre todo, su asociación con los valores ligados a la vida, a la creación de la vida, a la maternidad, al cuidado, a la dulzura y a la entrega.” (Osborne, 2009: 42).

La última cuestión, relacionada con la anterior, parte de la afirmación de la Audiencia por cuanto la acción agresiva de él está justificada, no en un ánimo de dominación, sino para “*evitar la progresión de la acción violenta*”. Esta afirmación es especialmente dramática, por cuanto de la misma se infieren varias consideraciones: i) a él no se le obliga a que abandone el escenario o un específico deber de fuga, tal como se anunciaba previamente; ii) se dota de legitimidad a la respuesta violenta por parte de él, con el objetivo de mantener las relaciones de poder en el seno familiar. Con lo que parece que la Audiencia esté clamando lo siguiente: *la pega, pero solo un poco: lo justo.*

Esta última afirmación se confirma con lo que continúa arguyendo la Sentencia de Álava 313/2015, cuando indica que no puede aceptarse que: “*el acusado, cuando llevó a cabo esa conducta, repeliendo la agresión, aunque aceptando la pelea, sea merecedor de una sanción como si se tratara de un maltratador al uso.*”

No se entiende que significa el concepto de “maltratador al uso”, y no es un concepto jurídico. Lo que sí parece, no obstante, es que existe un determinado estereotipo de cómo debe ser el maltratador, al menos, el que *merece* mayor sanción. No existiría problema, si se fijan los parámetros con los que medir la gravedad de las diferentes infracciones, garantizando soluciones proporcionales y justas. El problema es que parece que se parte de un estereotipo, que no tiene por qué ser el que se plantea y llega ante los tribunales.

Lo cierto es que se está englobando en el concepto “maltratador” acciones muy diversas, también las llevadas a cabo por la mujer¹³⁶. En este sentido, desde una perspectiva feminista, se empieza a sugerir la reserva de este término “*para cuando se dé un uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos y tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar a otras personas (Osthoff, 2002)*” (Larrauri, 2007: 45)

¿Cómo plasmar la diferencia entre diversos tipos de violencia en las normas penales? No es fácil, porque no es evidente cómo distinguir la violencia, ni cómo evitar que ésta tenga un determinado significado social, ni cuál es la mejor forma de incorporar estas diferencias en el derecho penal.

Lo que sí se puede afirmar es que, no obstante nos movemos en una sociedad en la que la violencia estructural está muy presente en todos los ámbitos que afectan especialmente a la mujer, lo cierto es que no todos los casos de violencia contra la mujer

¹³⁶ En opinión de Larrauri: “*Empieza a surgir un consenso en la comunidad académica criminológica acerca de la necesidad de diferenciar diferentes tipos de violencia. Ello obedece a dos reflexiones divergentes: por un lado, se considera erróneo tratar a todos los agresores como si fueran un bloque monolítico; por otro lado, se intenta evitar que el término maltratador se aplique a las mujeres que recurren a la violencia.*” (Larrauri, 2007: 44).

La cuestión es que se está agrupando bajo una misma denominación fenómenos diversos. Johnson, citado por Larrauri (Larrauri, 2007: 44), distingue tres tipos de violencia: i) Terrorismo íntimo, como la violencia realizada para obtener el control de la pareja; ii) Resistencia violenta, como la violencia ejercida como respuesta al terrorismo íntimo y iii) violencia en la pareja situacional, como la violencia que no forma parte de un contexto general de poder y control, sino que se produce en el escalamiento de un conflicto o serie de conflictos. La explicación de las causas y de las consecuencias nunca será válida mientras se trate de la misma forma comportamientos tan dispares “*como una bofetada “femenina”, un uso sistemático de la violencia acompañada de abuso psicológico, una discusión que escala a codazos y empujones mutuos y un homicidio realizado por una persona que siente que no hay otra forma de salvar su vida.*” (Larrauri, 2007: 45)

tienen la misma gravedad (y no todos los que pueden ser más graves llegan al ámbito judicial).

Y es que, tal como se está poniendo de manifiesto, uno de los problemas fundamentales es de base, en cuanto diferenciar cuándo se trata de violencia que impide ejercitar los propios derechos por parte de la mujer, de cuando es otra cosa. Con más razón es difícil, puesto que tampoco hay consenso sobre la existencia de “otra cosa”, en una sociedad que minusvalora a la mujer y todo lo que tiene que ver con ella.

Si se concluye que “otra cosa” existe, se estará normalizando la violencia contra las mujeres, considerándola como un asunto menor, no como una vulneración de derechos humanos, en una tradición penal que juzga la violencia de género como sinónimo de otras violencias.

Si se concluye que dicha “otra cosa” no existe, entonces se debe ser capaz de asumir que se está victimizando a la mujer por el mero hecho de serlo, y se está presumiendo la anulación de su capacidad de decisión y de discernimiento al formar parte de una relación de pareja heterosexual.

Pero podemos detenernos en una consideración: que la agresión no sea un hecho descriptivo, sino evaluativo. Es decir, si la agresión es descriptiva (lo que sucede en la fijación de los hechos en una sentencia), la misma es invariante. Si pensamos, no obstante, que la agresión es evaluativa, la agresión dependerá de realidades distintas que varían históricamente y según las personas que lleven a cabo la conceptualización. Es decir, en palabras de Fernández Villanueva: *“el concepto agresión nos señala realidades distintas según la orientación teórica que lo trate y según quién haga el*

juicio.” (Fernández Villanueva, 1990: 20).

Observando lo que nos ocupa, podríamos referir, entonces, que la agresión que lleva a cabo el hombre no hace más que reforzar su papel de dominio social frente a la mujer (según el contexto en el que nos movemos) y, en cambio, la agresión que lleva a cabo la mujer resulta en una suerte de respuesta a dicha agresión puntual y a agresiones previas.

En otro orden de cosas, otra sentencia que es necesario referir es la SAP de Álava, 45/2006¹³⁷. En el relato de hechos probados se describe la posibilidad de una agresión por parte del varón a la hija de ambos y una agresión de la mujer al varón, por la cual cosa se imputa a ambos un delito “de violencia familiar del art. 153.2”, a 56 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad (también a ambos); en base a que existió *“un deseo conjunto, llevado a práctica ejecución, de acometerse recíprocamente para desarrollar una lucha mutuamente aceptada (...) , pues con claridad se ofrece en estos eventos la ausencia del primero e indispensable requisito de que se haya producido una agresión ilegítima.”*

Lo singular de esta sentencia, más allá de lo que llevamos dicho, es que del relato de hechos la defensa indica que la agresión de ella tiene lugar por cuanto él está agrediendo a su hija. La cuestión es que no se acepta el testimonio de la hija¹³⁸, en el sentido que se transcribe:

“la Juzgadora de instancia hace una razonable valoración de la prueba deducida del testimonio prestado por la hija menor de edad Dña. Sonia,

¹³⁷ SAP de Álava (Sección 1ª) núm. 45/2006, de 22 de marzo (JUR/2005/153559).

¹³⁸ En palabras de Smaus, *“los niños son víctimas sin credibilidad”* (Smaus, 1998: 84).

destacando las dudas de parcialidad, causadas por la mediatización de la madre con quien convive y manifestada en el empleo de expresiones tomadas de su madre y abuelos e impropias para su edad. Es por tanto una prueba insuficiente para destruir las pruebas de cargo tomadas en consideración.”

Se está demostrando la duda sobre la “objetividad” de la menor, por cuanto describe los hechos en base a “expresiones impropias de su edad”, cosa que, por sí mismo, lleva al tribunal a concluir que está “mediatizada por la madre”. El juzgador no lleva a cabo la reflexión de que no es posible que la menor sea objetiva, pero esto no significa, per se, que lo que declara no revista el carácter de *verdad* que el derecho requiere.

Lo que podemos destacar de este apartado, como ya se ha ido avanzando, es que la figura de la legítima defensa no ha sido pensada para los casos de violencia de género. Al respecto, Larrauri: *“las reglas de la legítima defensa han sido elaboradas partiendo de una imagen basada en la confrontación hombre/hombre (del mismo tamaño y fuerza) que se realiza en un solo acto. Por ello los requisitos de la legítima defensa son difíciles de trasladar a enfrentamientos hombre/mujer que perduran en el tiempo.* (Larrauri, 1995: 41)

Por último, comentar que no se ha encontrado siquiera planteada en ninguna de las sentencias analizadas la posibilidad de que exista *exceso intensivo*¹³⁹ en la legítima defensa. Ello hubiera permitido aplicar la eximente incompleta¹⁴⁰.

¹³⁹ En el exceso intensivo hay necesidad de defensa, pero la respuesta se considera que es excesivamente lesiva. Es decir, se englobaría dentro del requisito segundo (necesidad racional del medio empleado)

¹⁴⁰ La aplicación de la eximente incompleta significa que existe una causa eximente de responsabilidad criminal (es decir, existe legítima defensa), pero que la misma no reúne todos los requisitos previstos en

En este sentido se pronuncia Valle Muñiz, cuando afirma: *“El exceso en la intensidad de la reacción defensiva y la presencia de una provocación suficiente por parte del defensor configuran (...) las constelaciones más frecuentes de legítima defensa incompleta.”* (Valle Muñiz, 1993: 455).

De esta forma, por ejemplo, la SAP de Álava 220/2015, en la que se consideró la respuesta de la mujer como desproporcionada, adjetivándola como “fiera”, podía haber sido subsumida en un supuesto de legítima defensa incompleta.

En palabras de Larrauri: *“El exceso en la legítima defensa puede obedecer a una situación de miedo, y se podría alegar conjuntamente la legítima defensa incompleta y la eximente de miedo insuperable.”* (Larrauri, 2007:60)

Los motivos por los cuales puede existir exceso intensivo, que llevarían a considerar una posible eximente incompleta, pueden reducirse a los siguientes¹⁴¹: i) error sobre la evaluación de los riesgos de la agresión, como a la elección de los medios, o a la propia ejecución de la defensa; y ii) por perturbación anímica (miedo, ira...).

Tampoco se ha visto alegado, ni señalado por ningún tribunal, la posibilidad de existencia de error¹⁴² en el caso que se crea que existe agresión ilegítima. Se podría

la ley para producir la exención de la responsabilidad penal. No obstante, actúa como atenuante, con la correspondiente disminución de la responsabilidad. Se regula en el art. 21.1 CP.

¹⁴¹ Elementos extraídos de Molina, 2012: 38

¹⁴² Para que el error sea apreciado por el TS, son necesarios los siguientes requisitos: que el error consiste en creer que existe agresión ilegítima; que exista un ánimo de defensa; que exista necesidad de esa defensa y que el error sea verosímil y verdadero (Larrauri, 2007: 61).

defender que se está ante *legítima defensa putativa*, que también llevaría a considerar la eximente incompleta de legítima defensa.

Dicho error podría recaer sobre la propia existencia de la agresión ilegítima o sobre la racionalidad de la defensa, que el defensor toma por adecuada sin serlo, bien porque ha realizado una evaluación incorrecta de la amenaza, bien porque ha elegido o manejado de manera inadecuada los medios para repelerla (Molina, 2012: 45).

En palabras del TS¹⁴³, que remite a la posible apreciación de agresión ilegítima en los casos de error:

“La posibilidad de apreciar una situación de legítima defensa putativa se basa en la creencia errónea del sujeto respecto a la existencia de una agresión ilegítima que lo sitúe en la necesidad de actuar en defensa propia o ajena. Es preciso para ello que pueda apreciarse, desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente permitan esa creencia, los cuales han de ser valorados en relación a las circunstancias del sujeto en cada caso. Sus características y efectos deben reconducirse a la esfera del error.”

Por último, comentar que lo que se demuestra al no poder aplicar la institución de la legítima defensa al caso de las mujeres inmersas en violencia de género¹⁴⁴, es que dicha institución no deja de aplicar los valores y prácticas que pretenden ser universales,

¹⁴³ STS (Sala Penal), núm. 1147/2005, de 13 de octubre (RJ/2005/7847).

¹⁴⁴ En palabras de Corcoy, lo que sucede es que no existe sistemática en cuanto a la aplicación de la legítima defensa, afirmando lo siguiente: *“Nuestra jurisprudencia en materia de legítima defensa es un claro ejemplo de arbitrariedad.”* (Corcoy, 1991: 926).

cuando en realidad reflejan una posición parcial (masculina) del mundo. Ante dicha posición, no es posible la declaración de un comportamiento agresivo de la mujer como justificado, porque significaría reconocer que el mismo es conforme a derecho.

La identidad femenina que se construye en el discurso jurídico es frágil, débil y victimizada, y su consecuencia *lógica* es la negación a las mujeres de la posibilidad de usar la violencia.

Esto es, el sistema jurídico-penal espera mujeres que denuncien la violencia de género (no que se tomen “la justicia” por su mano), que entiendan que la pareja es incompatible con la violencia, que quieran dejar al agresor y castigarle, que sean objetivas y coherentes y que conozcan el sistema y sigan sus procesos. Cuando estas expectativas no se cumplen, los castigos son la discriminación, la victimización y la imputación de delitos.

En este sentido, Pitch, cuando indica: “(...) *en el Derecho “lo femenino” se presenta como debilidad que hay que tutelar, o como peligro que hay que limitar*” (Pitch, 2003).

5.- Apuntes procesales

Además de lo comentado hasta este momento, en relación al principal obstáculo procesal para considerar la aplicación del art. 153.1 (esto es, la dificultad de acreditación del ánimo de dominación) es necesario tratar algunas cuestiones que se consideran interesantes, a medio camino entre el proceso y la voluntad de aplicación de la norma, a la hora de analizar cómo se resuelven los casos de agresión en la pareja.

5.1.- La remisión al Juez a quo en la descripción de los hechos probados

No sólo los hechos, sino sobre todo la forma de recoger dichos hechos en la correspondiente sentencia es fundamental para poder inferir que tipo de delito se va a imputar, y si se va a considerar la existencia de violencia de género, violencia doméstica, riña mutuamente aceptada o legítima defensa.

En ocasiones, en relación a los hechos se están tratando una serie de dimensiones subjetivas de la conducta que son difícilmente comprobables, pero que en las sentencias son considerados como hechos probados y con tal fuerza son tratadas.

Al respecto se puede traer a colación la afirmación vertida por la SAP de Madrid 1449/2012, en la que se indica: *“Ambos intervinieron activamente atacándose lo que (...) imposibilitaría la aplicación de una circunstancia eximente de legítima defensa pues, la misma ” no puede estar basada en meras especulaciones, sino en datos tan ciertos e inequívocos como el hecho mismo”.*

Por lo tanto, los hechos que reputa el juzgador como ciertos, basados en *“datos ciertos e inequívocos”*, conforman una realidad incuestionable (incluso datos tendentes a afirmar móviles de conducta, como la venganza), aquella que no puede ser modificada por la mera especulación planteada por la parte que pueda solicitar la aplicación de la legítima defensa.

La supuesta objetividad de los procedimientos judiciales tropieza continuamente con los límites que le impone la necesidad de inferir las intenciones de los procesados, de hacerse una idea de los motivos que guiaron la conducta delictiva. Es decir, no queda

más remedio que buscar explicaciones basándose en datos tanto directos (el medio empleado) como indirectos (las actitudes de los protagonistas); y estas explicaciones, una vez que se constituyen, quedan elevadas a la categoría de hechos probados, apareciendo con igual fuerza en la consideración de los hechos que las circunstancias más objetivamente comprobables. (Fernández, 1988: 41).

Lo que nos plantea las siguientes dudas:

- A qué cuestiones se les da una importancia suficiente para poder pasar a formar parte de los hechos probados, y, por lo tanto, tener la virtualidad suficiente como para poder construir un juicio de culpabilidad, y
- Qué tipo de elementos son considerados inmutables por parte del juzgador *ad quem* en relación al juzgador *a quo*

En la SAP Albacete 164/2009 ya citada, se resume la cuestión que nos preocupa, de la siguiente manera:

“(...) la valoración o apreciación de la prueba practicada en juicio si bien puede ser revisada en apelación, cuando se cuestiona la de naturaleza personal (testigos, litigantes o peritos) y dicho cuestionamiento recae en la credibilidad, interpretación o alcance de su contenido, no es posible verificarlo en apelación o cambiar la credibilidad ya apreciada por el Juez que la presenció con inmediatez directa y contradicción, sin infringir el derecho a un juicio justo y los principios de inmediatez y contradicción en la práctica de la prueba (art 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) inexistentes en ésta apelación.”
(Subrayado añadido)

El argumento básico para mantener la valoración efectuada por el juzgador a quo es que la misma “*obedece a las reglas de la lógica, experiencia y de la sana crítica*”. (SAP de A Coruña 406/2018).

Por lo tanto, parece que la premisa principal es que no se puede modificar el juicio de credibilidad que lleva a cabo el juzgador a quo de la descripción de los hechos probados por las partes, no obstante, el juez ad quem puede revisar “*no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a quo"*”.

En la SAP de Cuenca 96/2006, se indica que la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, “*a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que esta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable, (...) razonamientos suficientes y perfectamente compatibles con las denominadas "normas de la sana crítica"*”.

Y en el mismo sentido, la SAP de La Rioja, 101/2007 ya citada, que trata dichas normas de la siguiente forma:

“Dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quienes ante él declaran, si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba”

(...) El Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados..." (Subrayado añadido)

Como si la apreciación lógica de la que se habla no formara parte de lo que el juez considere que es más razonable, su currículum oculto y, en definitiva, sus prejuicios y opiniones sobre las personas que tiene delante. De esta forma, se pone de manifiesto cómo deben ser las mujeres las que deben adecuar su relato a las categorías jurídicas, para superar ese juicio de credibilidad que requiere el juzgador.

Por su parte, la SAP de Pontevedra 218/2017 refiere una serie de elementos a tener en cuenta para considerar que el juzgador de instancia ha llevado a cabo una valoración correcta de la prueba, apreciando lo siguiente, sobre todo en las declaraciones de las personas que declaran en el acto del juicio:

"(...) Su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido."

Por lo tanto, para que no se considere que el Juez de instancia ha llevado a cabo una valoración del relato de los hechos "irracional, absurda o carente de lógica" el juez *ad quem* podrá modificar dicho relato, para obtener la *verdad* de lo ocurrido.

Si se observa, por poner un ejemplo, la SAP de Castellón 504/2010, ya citada, en el que

se modifican los hechos del juzgador a quo, es de ver cómo se acepta una descripción de los mismos (la llevaba a cabo por el cónyuge masculino) sobre la otra (la pronunciada por la cónyuge que plantea legítima defensa). Así las cosas, para que el juzgador dote de más valor un relato de hechos sobre el otro, será necesario que la forma de narrarlos sea masculina, para ser creíble (ese principio de la racionalidad: sin dudas, sin vacilaciones, con seguridad), la propia del ámbito público.

Al respecto, Macaya: *“Los requisitos de racionalidad exigidos a las partes y a todos aquellos integrantes válidos para la participación en el sistema legislativo y su poder, excluyen a quien no manifieste las capacidades de racionalidad previstas por los teóricos (Pitch, 2003:267).”* (Macaya, 2013: 110)

Relacionado con este epígrafe, es necesario pasar a valorar la virtualidad que se da al testimonio vertido por la mujer en el acto del juicio oral.

5.2.- El testimonio de la mujer no se considera testimonio de cargo único para enervar la presunción de inocencia

Para verificar si las declaraciones en el acto del juicio oral son suficientes como única prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertos parámetros que coadyuvan a su valoración.

Tales parámetros han sido resumidos en innumerables resoluciones del Tribunal Supremo (como las SSTS de 28 de mayo de 2015 y 19 de diciembre de 2016), haciéndose eco las diferentes Audiencias Provinciales (SAP de Alicante 490/2012 o la SAP de Barcelona 679/2018) que los sistematizan en los siguientes términos:

A) *Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características físicas o psicoorgánicas o de sus circunstancias personales.*

El Tribunal indica, como posibles parámetros que inciden en la credibilidad, los “*trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción*”; y la “*existencia de móviles espurios que pudieran resultar de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad*”

B) *Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos.*

Esto supone que la declaración de la víctima “*ha de ser lógica en sí misma*” y “*ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso*”; lo que supone que se preferirá que la descripción de los hechos venga acompañada de periciales o testigos, por cuanto “*el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.*”

C) *Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.*

Este factor de ponderación supone, entre otras cuestiones, tal como indica el Tribunal: “*Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.*”

Como se ha ido viendo, se han ido utilizando varios de estos argumentos para restarle credibilidad a la víctima/agresora. Algunos de estos requisitos parecen olvidar el particular estado en el que puede encontrarse una persona que está sufriendo maltrato¹⁴⁵ y que, por la propia naturaleza del delito de violencia de género, que en la gran mayoría de ocasiones tiene lugar en la propia casa, los datos que provengan de las partes implicadas no se podrán complementar con otros periféricos. De esta forma, la declaración de la víctima será la única prueba de cargo (debemos recordar, como se ha comprobado en la sentencia SAP de Álava, 45/2006, que tampoco se admite la declaración de lxs hijxs para enervar la presunción de inocencia del agresor).

En palabras de Macaya: *“El sujeto autorizado del derecho, no es tanto aquel que disfruta de las capacidades exigidas, sino aquel que dispone de capacidad performativa para enunciar discursos de validez y auto-atribuirse los valores contenidos en el mencionado discurso.”* (Macaya, 2013: 110)

Como ejemplo, podemos analizar lo que se contiene en la SAP de Barcelona 679/2018¹⁴⁶, en la que encontramos diferentes elementos referidos a tener en cuenta. En primer lugar, no se acepta el relato de hechos probados de la resolución recurrida, que se sustituye por un relato de los hechos en los que mientras se llevaba a cabo el cambio

¹⁴⁵ A modo de ejemplo, de Peñafort, jueza de uno de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Madrid, afirma lo siguiente: *“La persistencia en la incriminación supone la continuidad, en el tiempo de esas declaraciones, la firmeza que de ellas se derive, la ausencia de contradicciones y ambigüedades en las mismas. Lo que no siempre se produce dada la inseguridad propia del estado anímico que suele presentar la víctima y su bloqueo mental para recordar aquello que prefiere olvidar.”* (De Peñafort, 2005: 146).

¹⁴⁶ SAP de Barcelona (Sección 22ª), núm. 679/2018, de 31 de julio (JUR/2018/307804)

de custodia de la hija común, el ex marido le dijo: *"ets una prostituta, ets una merda"*¹⁴⁷.

Funda el recurrente su recurso en que no puede sustentar la palabra de la denunciante prueba de cargo suficiente, por cuanto se encuentra incapacitada legalmente y tutelada por su familia, y *"está influida en contra del denunciado"*, existiendo cuatro denuncias previas por violencia familiar respecto de él que nunca han concluido en condena.

Pues bien, la valoración judicial respecto de la valoración de la juez de instancia respecto de la declaración de la víctima se indica que no se aprecia razonable en lo que refiere a los elementos indicados con anterioridad, lo que lleva a la absolución del acusado del delito de injurias, la condena del cual era de 180 euros.

Así, en cuanto a la *credibilidad subjetiva*, se indica: *"consta acreditado que la denunciante padece una enfermedad mental crónica consistente en trastorno afectivo bipolar tipo II, que en su caso se materializa en síntomas como ansiedad, irritabilidad, nerviosismo, baja autoestima, tristeza vital e ideas de muerte, y por el cual se le ha reconocido una incapacidad permanente por la Seguridad Social y ha sido declarada incapaz"*

¹⁴⁷ Echeburúa señala cómo en el maltrato psicológico son frecuentes las desvalorizaciones (críticas y humillaciones). (Montalbán, 2004: 39).

Es significativo, en el mismo orden de cosas, que se llegue a considerar los insultos como *"meras exclamaciones que acompañan o suelen acompañar a las agresiones físicas"*, para evitar subsumir los insultos en un delito de injurias. (SAP de Albacete, 164/2009).

Como apunta Teresa Cabruja, *“las construcciones de la feminidad han basculado desde la “histeria” de las mujeres, como esencia de lo femenino a partir de la emocionalidad, la irracionalidad, la teatralidad y el tan popular “nerviosismo”, hasta su reverso de maldad, perversión y de cálculo, producto de la misma mistificación de cualidades seductoras o de sexualidades peligrosas.”* (Cabruja, 2009:129)

El Juzgador advierte que, de las entrevistas realizadas con ambos progenitores por parte de l’Equip d’Atenció a la Infància i l’Adolescència, se ve que *“se constata una historia familiar inmersa en el conflicto y las desavenencias entre padre y madre, presentes antes de la separación y persistentes e incrementadas a partir del proceso de divorcio.”*

A partir del informe de dicho equipo, el juzgador pone de manifiesto lo siguiente *“describen la ruptura conyugal como disfuncional, inmersa en disputas y desacuerdos con actitudes beligerantes entre los padres, conflicto éste que se reactiva periódicamente, a veces con denuncias cruzadas de un progenitor contra otro por maltratos a la menor e incumplimientos del convenio regulador (...) confirma la existencia de un contexto judicial de conflicto, desavenencias y falta de acuerdo entre los progenitores, siendo los últimos hechos que provocaron actuaciones judiciales los relativos una denuncia en agosto de 2015 de la madre contra el padre por presuntos maltratos a la menor, de los cuales éste fue absuelto, y una denuncia de ésta de nuevo contra él en enero de 2017 por presunta violencia de género, aún no resuelta.”*

Esto es, en palabras de Macaya *“El hecho de no estar probados y reconocidos estos hechos (violencia habitual) por parte de ningún tribunal, restan veracidad al testimonio de las mujeres. La palabra de las mujeres suele ser puesta en cuestión con frecuencia sobre todo en lo que se refiere a las denuncias de malos tratos, y solo en el caso de que*

esta violencia sea reconocida por un organismo judicial puede considerarse como “Verdad”. (Macaya, 2013:103)

A la vista de dichos datos, el tribunal no comparte la valoración que efectúa la juzgadora de instancia al respecto de la credibilidad de la víctima. Por otro lado, se indica: *“no se advierte razonable que se niegue cualquier móvil espurio en la denunciante en base a la inexistencia de procedimientos en trámite ni denuncias entre las partes, cuando de la documental antes analizada resulta evidente la existencia de un conflicto de larga evolución entre ellas, muy extendido y duramente cronificado; así como la constancia de un proceso en curso sobre modificación de la guarda y custodia de la menor instado por el denunciado contra ella, siendo precisamente en el cumplimiento de dicho régimen donde se enmarcan los hechos objeto de la denuncia que ésta presenta a su vez contra él y que aquí nos ocupa.”*

De esta forma, se revoca la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y se absuelve al denunciado del delito leve de injurias del que se le acusaba. Es decir, no se considera probado el insulto en sí, con la carga peyorativa y estigmática que lleva, y se toman los antecedentes de interposición de varias denuncias por violencia de género en contra de la mujer.

Como otro ejemplo, es necesario recordar la SAP de Madrid 587/2017 ya comentada, en la que no se acepta relato de hechos de ella, en el que hay un intento de ahorcamiento, y no considera que ha existido legítima defensa (condenándolo a él por un delito *“de maltrato en el ámbito familiar”* del 153.1 (j) a 56 días de trabajos en beneficio de la comunidad y a ella por el del 153.2 con idéntica condena). En dicha Sentencia, se indica:

“La propia Cristina, aunque de forma relativamente confusa o imprecisa, viene a reconocer que ella “se defendió”. (...) En el supuesto que ahora enjuicamos, sin embargo, no ha podido determinarse cuál de los contrincantes inició la agresión sobre el otro o si los dos resolvieron acometerse recíprocamente, ofreciendo cada uno de ellos un relato incompatible con el sostenido de contrario. Así, conforme se observa en la sentencia impugnada, el relato de Cristina acerca de la forma en que el suceso tuvo lugar no ha sido, como tampoco el de Ovidio , particularmente consistente, incurriendo en ciertas ambigüedades, con algunas respuestas manifiestamente evasivas y sin la debida persistencia.” (Subrayado añadido).

Dicho lo cual, las circunstancias que apuntan a la falta de consideración del testimonio de la mujer como prueba de cargo única para enervar la presunción de inocencia, según las sentencias estudiadas, se pueden sistematizar en las siguientes:

- a) Las previas relaciones de enemistad entre las partes, con denuncias cruzadas entre ambos. Así, la SAP de Alicante 490/2012¹⁴⁸

De esta forma, el hecho de que exista una mala relación (cuestión habitual), se tenderá a interpretar como de falta de objetividad que parece que es necesario que se tenga, y no será tomado como indicio de que exista un posible maltrato habitual. ¿Cómo requerir esta objetividad de una persona agredida?

Ejemplo de lo dicho se encuentra en la SAP de Castellón, 241/2016¹⁴⁹:

¹⁴⁸ SAP de Alicante (Sección 1ª) núm. 490/2012, de 3 de septiembre (JUR/2013/3564).

“Concurren circunstancias subyacentes que permiten cuestionar muy fundadamente la concurrencia del requisito de la ausencia de incredibilidad subjetiva. Existen indicios sobrados de las malas relaciones entre denunciante y denunciado, con denuncias cruzadas entre ellos (al folio 11 se refiere por la policía hasta cinco denuncias previas, dos de ellas presentadas por la sra. Sacramento, la última por problemas en el reparto de bienes tras la ruptura conyugal). (...) No obstante las varias denuncias presentadas, el acusado carece de antecedentes penales, y en todo momento la denunciante ha dicho que no ha sufrido maltrato físico alguno por parte de este.” (Subrayado añadido)

En dicha sentencia se absuelve al acusado del delito de amenazas, haciendo suyo el discurso de la defensa del acusado, que vertía los siguientes argumentos:

“Queda constatada la mala relación entre los ex cónyuges, y la evidente enemistad existente entre ellos, a juzgar por las múltiples denuncias que se han interpuesto, lo que evidencia una situación de claro enfrentamiento. Queda clara también la intención de Sacramento, desde el principio de la ruptura, de denunciar a mi mandante por violencia de género a la mínima ocasión, propósito que hasta ahora no había conseguido que prosperase pese a haberlo intentado varias veces. También indicaría un móvil de resentimiento por parte de Sacramento el que la entrega del vehículo al esposo lo sea como consecuencia de haber "perdido" la batalla judicial por el mismo, que les había llevado a la Audiencia Provincial en segunda instancia”. (Subrayado añadido)

¹⁴⁹ SAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 241/2016, de 27 octubre (JUR/2017/13068).

Por lo tanto, los móviles espurios y la mujer manipuladora, como estereotipo de la mujer que se encuentra en el polo de “las malas mujeres”. Aparece la *“perfidia de las mujeres”*, en palabras de Cabruja (Cabruja, 2009: 139).

Esto es, por cada proceso en el cual se afirma la inocencia del acusado, se refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado. Tal como indica Smart, en relación al delito de violación: *“En un sentido simbólico, cada proceso de violación no condenado es una victoria de valores falocéntricos.”* (Smart, 1989, 34 en Larrauri, 1992:299). En el concreto análisis que nos ocupa, cada proceso en el que existe violencia de género que no es condenado, resulta en una victoria del machismo.

b) La falta de otras pruebas que corroboren la versión de los hechos de la mujer.

En este sentido, la SAP Alicante 490/2012. La jurisprudencia se refiere a que *“la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso”* (...) Al considerarse que *“no existen elementos objetivos que permitan dar una mayor credibilidad a una versión de hechos frente a otra, por lo que en virtud del principio de valoración probatoria, “in dubio pro reo”, procede la estimación del recurso y la absolución de Constantino de los dos delitos de violencia de género y de la falta de vejaciones por los que fue condenado.”*

Por lo tanto, se está a periciales como el informe médico como prueba de la riña, por ejemplo. Este informe médico da cuenta de las lesiones que “objetivamente” se

encuentra en los cuerpos de las partes¹⁵⁰, pero, más allá de estos datos, debe estarse al relato de los hechos para poder conocer cómo se dieron esas lesiones.

En este sentido, la SAP de Burgos 18/2013, ya citada, que afirma lo siguiente:

"(...) se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria (...)" (Subrayado añadido)

Por la cual cosa se nos plantea el siguiente interrogante: ¿cómo diferenciar las heridas agresivas de las defensivas?¹⁵¹ Es muy difícil reconocer qué actos *inician* la violencia y cuáles son los actos que *responden* a ella, porque los incidentes que el observador selecciona y analiza como actos de agresión suelen ser eslabones de una cadena de agresiones que tienen sus raíces en periodos anteriores, en los cuales es muy difícil establecer el punto de partida (Fernández Villanueva, 1990: 20).

Y es que para poder controlar los cuerpos, que se comprenda que la agresividad sería un fracaso del auto-control y éstos asuman roles conformes, interiorizando las definiciones

¹⁵⁰ Para el caso de la prueba de la violencia psíquica, particularmente difícil, debería ser también el informe médico el que diera cuenta de ello. Pero en ninguna de las sentencias en las que se traía a colación dicho informe se ha tratado el más mínimo atisbo de dicho parámetro (que serviría para comprobar, además, en qué estado se encuentra la mujer).

¹⁵¹ Hasta aquí llega el valor irremplazable del informe médico.

sociales de género, “*el poder judicial necesita de toda una serie de poderes laterales que complementen su función de vigilancia y corrección: instituciones médicas, psicológicas, psiquiátricas, pedagógicas y criminológicas para la corrección, y la policía para la vigilancia*” (Macaya, 2013: 39)

Al respecto, la SAP de Cuenca 96/2005, ya citada:

“La Juzgadora a quo, valorando la prueba y tomando como referencia más fiable los elementos objetivos, representados por los partes médicos e informes de sanidad, llega a la convicción de que se trata de una pelea mutuamente aceptada y simultáneamente emprendida, en la que cada uno de los contendientes (tanto la recurrente como Luis) toman iniciativas agresoras hacia su oponente, descartando así la legítima defensa.”

O en el mismo sentido, la SAP de Granada 429/2018, ya citada:

“Cada uno aporta un parte de lesiones y de sanidad en los que, a cada uno, le son apreciados vestigios lesivos compatibles con el modo en que cada uno dijo haber sido agredido por el otro, pues las contusiones de Margarita son compatibles con un puñetazo o bofetada y los arañazos de Aurelio son compatibles con la forma en que éste dijo haber sido agredido por aquélla. Se sustenta así la versión, sostenida por el Ministerio Fiscal, según la cual ambos se agredieron sin haber mediado en ninguno de ellos acto de legítima defensa.”

Además, la localización de las heridas se vierte como prueba decisoria para obviar la legítima defensa (alegada por ella) y centrarse en una agresión mutua, en una suerte de argumentos enfocados en la supuesta venganza (SAP de Albacete, 164/2009¹⁵²):

“Es cierto que la naturaleza de dichas lesiones pueden ser reveladoras de un acto en defensa propia, pero también lo son de agresión voluntaria en venganza por la discusión o incluso por la agresión del otro (su naturaleza y localización en el organismo no revela necesariamente que fueran lesiones defensivas de quien las ocasionó), lo que excluye la legítima defensa.” (Subrayado añadido)

En base a estos datos, se confirma la condena a él por un delito del art. 153.1 CP y a ella por un delito del 153.2 CP, ambos a idéntica pena de 24 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Como hemos puesto de manifiesto, en dichas agresiones será lo habitual que se cometan con el testimonio único de la víctima frente al agresor, no se entiende a comprender cómo se resuelve por los tribunales de manera prácticamente mecánica – con un pronunciamiento de insuficiencia de pruebas de cargo o in dubio pro reo, como hemos visto-.

6.- Conclusiones

La primera reflexión es obligada: el legislador ha limitado la violencia de género al ámbito de la pareja- mujer, excluyendo de su ámbito de protección específico a las madres, hijas, hermanas y excluyendo el ámbito público y cualquier atisbo de integrar

¹⁵² SAP de Albacete (Sección 2ª), núm. 164/2009, de 2 de julio (JUR/2009/425886).

(más allá de declaraciones formales) que la violencia es efecto del dominio, el cual debería combatirse en primer lugar.

La violencia de género es una violación grave de los derechos humanos (como afirmó la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993) y el proceso penal es un camino en el cual se debe transitar probando la existencia de dicha violencia, pero en el que no se puede cuestionar su entidad y sus efectos.

Y es que cuando se confía en el Derecho penal para erradicar la violencia de género se está aceptando implícitamente que la causa última de este problema no está en la propia estructura social sino en las pautas individuales de comportamiento de algunos sujetos desviados. Esto es, el Derecho penal debe encontrar un culpable para creerse en presencia de una víctima.

Y, en concreto, lo que respecta a la normativa analizada, genéricamente determinada, lo que se ha comprobado es que se está confiriendo a la mujer un doble estatuto: el de víctima (sistémica) y el de maltratadora, cuando su comportamiento deja de ser pasivo; lo que lleva a una doble victimización: la social y la jurídica.

De esta forma, el aumento penológico que ha supuesto las últimas reformas del Código Penal, a partir de la LO 1/2004 y la LO 1/2015, no ha hecho más que aumentar el castigo hacia las mujeres que subvierten su rol naturalizado (la atribución de roles a la mujer en nuestra sociedad perdura más allá de los cambios legislativos analizados). La violencia es un problema complejo, y un aumento de penas no sólo no consigue reducir de forma significativa los delitos, sino que conlleva el amparo de situaciones de desigualdad.

Se ha de tener presente que la agravación de las conductas se ha llevado a cabo sin ningún tipo de análisis de resultados-beneficios. Esto es así por cuanto la modificación de la LO 1/2004 se lleva a cabo en menos de un año desde la modificación operada en el CP por la LO 11/2003. Y lo que está claro es que si la estrategia de la LOVG es proteger a la mujer-pareja que sufre violencia de género, debería ser repensada (la norma) cuando obstaculizara o neutralizara la estrategia.

La reforma penal operada a partir de la LO 1/2004 se ha aplicado en base a un intento de obviar la aplicación del art. 153.1, destinado a penar la violencia de género y enfocar la condena del cónyuge masculino hacia la falta del art. 617, todo por cuanto se observa una falta de aceptación de la diferente penalidad en cuanto al género del sujeto activo (se evidencia al requerir la prueba del especial “*ánimo de dominación*”, que además se debe argumentar en base a única conducta agresiva). Esto demuestra una ineficacia en la elevación de las penas para proteger a las mujeres que sufren violencia de género, por cuanto, como dicha elevación de la penalidad del art. 153 CP no es compartida por el juzgador, al considerarla desproporcionada, la neutraliza.

Se ha generado un sistema de razonamiento inverso a lo que en principio pretendía el legislador de 2004¹⁵³, de manera que el juzgador argumenta de tal forma que a priori estima que los hechos violentos acaecidos en la pareja son de naturaleza leve y, por lo tanto, se incardinan hacia la figura de la riña mutua y a la aplicación de los artículos destinados a las faltas; cosa que demuestra que el juzgador continúa considerando el

¹⁵³ También se considera que al legislador lo que realmente le preocupa es el capital mediático de la norma, más que el cumplimiento de la misma y la evaluación de su incidencia.

ámbito privado como lugar íntimo en el que no se debe entrar, y en el que puede perdurar un cierto grado de control legítimo por parte del *pater*.

Se observa además la aplicación simultánea del art. 153.1 con el 153.2, penando por el primero al cónyuge masculino y por el segundo a la cónyuge femenina (al imputar a hombre y mujer hechos idénticos, se equipara el desvalor de la conducta, al margen de lo que haya pretendido, formalmente, la LOVG), siendo que las condenas son idénticas o, incluso, más altas en el caso de ellas, lo que pone de manifiesto que el tribunal es más severo cuando se trata de valorar la violencia que emana de ellas. Por cuanto, las mujeres que delinquen están violando las reglas legales y también las normas sociales de su condición femenina¹⁵⁴.

Por su parte, la LO 1/2015, que aumenta la penalidad y transforma las faltas en delitos, no ha hecho más que agravar la condena para los casos de la consideración de existencia de riña mutuamente aceptada con agresión por parte de la mujer, porque ya no se estará aplicando el articulado dedicado a las faltas. A partir de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, cuando el juzgador infiere que las lesiones son de menor intensidad, se subsume la conducta de ambas partes en el delito del art. 147.2 CP, al margen de la violencia de género y, en el delito del art. 153 (se insiste, a ambos) si considera que las lesiones son de mayor intensidad.

Por otro lado, la consideración de la riña mutuamente aceptada implica la falta de apreciación de la violencia de género. Del análisis de las sentencias se ha podido comprobar cómo generalmente el juez *ad quem*, de forma automática, sitúa esta violencia fuera de los confines de aquella que tiene relación con una situación de

¹⁵⁴ Se está parafraseando a Lombroso en *El Uomo Delinquente*, publicada en 1876.

desigualdad estructural, y por tanto, dudando del testimonio de las mujeres que afirman que la padecen. Y esta puesta en cuestión, además, supone desvirtuar la existencia de violencia de género anterior por parte del varón hacia la mujer, y desoir la afirmación del art. 1.1 de la LOVG cuando sostiene que la violencia de género es *la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.*

Además, como se ha visto, lo que se considera hechos probados puede ser modificado arbitrariamente en las instancias, según se conceda mayor o menor credibilidad a lxs testimonios. Y sobre éstos, es necesario referir lo siguiente: i) existe cierta desconfianza en admitir el testimonio de la mujer como única prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor, requiriendo constantemente el apoyo de pruebas externas, que son dadas por los informes médicos, que, entre otras muchas limitaciones y sesgos, no se pronuncian sobre las heridas defensivas de la mujer; ii) existe cierto recelo en la veracidad del testimonio prestado por parte de lxs hijxs menores, en cuanto se considera que sus percepciones no son libres de manipulación (por parte de la mujer).

En relación al informe médico, éste es el destinado a arrojar luz sobre la realidad de la agresión, si ésta es defensiva o agresiva y el grado de las lesiones físicas que se presenten, lo que acabará significando que se subsuma el comportamiento de ambos como una riña mutua, ante la gran dificultad de demostrar el primer extremo. Se dota así a la ciencia médica de una función de autoridad que lo que acaba llevando a cabo es un control y disciplina los cuerpos, al formar parte de la estructura jerárquica de toma de decisiones.

Esto nos lleva a enlazar con otro peligro considerado, y es que, en los casos en los que podía haberse tratado de violencia habitual (por cuanto se recogían en el descriptivo de los hechos probados varios momentos agresivos), éstos han quedado disimulados en un acceso de ira puntual.

Por su parte, la no aceptación de la eximente de la legítima defensa (y otras causas de justificación, como el miedo insuperable) demuestra que la figura está pensada para supuestos de riñas entre dos o más hombres en el ámbito público, e implica el silogismo siguiente (se disfraza la ecuación como el resultado lógico de considerar que las partes se encuentran en plano de igualdad respecto al conflicto): agresión por parte del cónyuge masculino + agresión de la cónyuge femenina= riña mutuamente aceptada.

Lo que implica el razonamiento es lo que permanece oculto: para que se acepte la existencia de legítima defensa la mujer no debe incumplir su función naturalizada, no debe defenderse; cosa que no sucede cuando se trata de riñas (que bien podrían tener el calificativo de “mutuamente aceptadas”) en el ámbito público entre hombres, en los que existen agresiones mutuas y no hay tanto problema en aceptar la legítima defensa en el caso de protección de bienes propios o ajenos.

Y no deja de sorprender las actuaciones que normaliza el juzgador respecto a las agresiones del cónyuge masculino (patadas, golpes, coger del cuello con las manos, tirar al suelo, arrastrar por el pelo...), con la entidad de la violencia llevada a cabo por la cónyuge femenina (arañazos y bofetones), con la cual cosa el juzgador minimiza la entidad de la agresión por parte del cónyuge masculino (y, por lo tanto, parte de la existencia de agresiones legítimas, en las relaciones de pareja) y exagera la llevada a

cabo por la cónyuge femenina, moldeando de esta forma los comportamientos y fijando las posibilidades de resistencia.

Por lo tanto: i) se parte de una descripción masculina y de una protección de lo masculino; ii) se asume la naturaleza agresiva del bio-hombre y iii) se asume que la bio-mujer debe ser pasiva y mostrarse desvalida.

Esta dicotomización según la cual las mujeres son seres pasivos frente a la impetuosidad de los arrebatos masculinos, debilita a las mujeres y en contraposición enaltece las capacidades de la racionalidad masculina.

Por su parte, la masculinidad penalizada es la que se inserta en un específico perfil apreciado por el juzgador. En mayor medida, el *machista al uso* que *marca suficientemente* el cuerpo de *su inactiva* mujer.

Del análisis de la jurisprudencia ha podido observarse una pauta de lo que podría denominarse *mapa de estereotipos* (basado en el binarismo mujer débil/mujer manipuladora), en los que se basa el juzgador a la hora de considerar a la mujer que ante ellos se presenta como la encarnación de la feminidad hegemónica y autorizada (lo que llevará a resolver sobre su comportamiento como permitido) o, por el contrario, conformada en la feminidad vulneradora de la ley (lo que concluirá en su pena), en la categoría binaria de mujer-buena o mujer-malvada; institucionalizando los estereotipos binarios a los que nos hemos ido refiriendo.

De esta forma, se niega a las mujeres la posibilidad de usar la violencia y se las culpabiliza por desviarse de su rol de cuidadoras en un universo familista en el que

están destinadas a desarrollarse como ciudadanas de segunda clase.

Esta construcción de la familia nuclear, que las instituciones legales intentan fundamentalmente preservar como unidad, basada en la familia nuclear y en el rol de madre-esposa, forma parte del discurso de domesticidad que rezuma la jurisprudencia analizada: la identidad femenina es frágil, débil, victimizada, por cuanto la mujer forma parte del ámbito privado; y es en el seno familiar del que surge su especial protección

Y es esta exigencia de cumplimiento por parte de la mujer del rol de esposa, el rol de mujer sumisa y obediente sometida a la autoridad y a los deseos del marido lo que llevará a resolver sobre la existencia de legítima defensa.

No es tanto que se parta de la consideración de que la mujer no puede agredir, sino del problema de naturalizar el carácter pacífico de la mujer que le impide utilizar la violencia como estrategia para la resolución de conflictos¹⁵⁵.

Pues bien, y dicho todo lo cual, además de interrogarse sobre si el derecho penal protege a las mujeres, la pregunta previa que es necesario abordar es plantear qué bienes jurídicos se están protegiendo y de qué manera, puesto que la utilización del derecho penal implica la legitimación de los instrumentos represivos del Estado (que utiliza la pena privativa de libertad como un “*contenedor social*” -Bodelón, 2003: 483-); ante las formas de solución de la violencia inter partes y desplaza y elimina las posibilidades de utilización de estrategias por parte de las mujeres (las supervivientes).

¹⁵⁵ Con esto no se está afirmando que se crea que la violencia es una *buena* forma de resolución de conflictos.

Pero no únicamente esto. Según lo analizado, parece que el bien jurídico principal que se protege es la “paz familiar”, por la cual cosa se despoja a las ciudadanas de los derechos inherentes a la personalidad, y se les asigna (como se ha llevado haciendo durante siglos) un papel determinado en la familia. Papel que implica, ya se ha avanzado, un deber de obediencia al *pater* y de mantenimiento de las *buenas* relaciones familiares.

Puede afirmarse, tras todo lo dicho, sobre el derecho penal y el discurso jurídico, que el mismo: construye el género femenino, neutraliza a las mujeres, las desvalora y las desprotege¹⁵⁶.

La afirmación positiva que puede hacerse de la LOVG es que ha desenterrado la violencia de género del ámbito de lo privado y lo ha transformado en un problema de derechos humanos (aun y con todas las reservas llevadas a cabo). No obstante esto, el valor preponderante que concede la Ley Orgánica al derecho penal (en detrimento de los aspectos preventivos –medidas sanitarias y educativas-, asistenciales y de tratamiento) supone que se considera que dicho derecho goza de un determinado valor pedagógico, como la principal manifestación de la condena social de determinadas conductas para conseguir un cambio de actitudes. Pero incluso esta función simbólica no es clara¹⁵⁷, puesto que principalmente el derecho penal se encarga de individualizar conflictos y simplificarlos.

¹⁵⁶ Dichas subcategorías relacionadas con el Derecho Penal están basadas en los epígrafes del texto de Larrauri, citado en la bibliografía: “*Una crítica feminista al Derecho Penal*”.

¹⁵⁷ Dicho mensaje simbólico parece que obedece al deseo de contrarrestar ese otro mensaje simbólico de todo el ordenamiento jurídico, que ha contribuido a reforzar la idea de que el marido es el representante,

¿Cuál ha sido el impacto del cambio normativo con la creación de normas penales género-específicas, respecto a los objetivos que perseguía y respecto a lxs demandantes que lo requerían? Esta pregunta es clave, y no se ha abordado por parte del poder ejecutivo, por cuanto, en el fondo, no creo que sea prioritario en la estrategia política.

Si se hiciera, debería ponerse de manifiesto que se promulgan leyes con una pésima técnica legislativa y sin un objetivo claro, por cuanto la agravación de las penas no ha supuesto ni una aplicación con el objetivo supuestamente buscado, ni de una forma homogénea (ya sea esto por desconocimiento, por cuanto los juzgadores son reacios a considerar violencia de género a la violencia en la pareja o porque graduarla no es tarea sencilla), lo que redundará en una gran inseguridad jurídica.

Y es que, en realidad, lo que se evidencia es que no se han transformado los principios del derecho basados en el pensamiento androcéntrico, ni las estructuras de las que parte, y se sigue sin reconocer, más que formalmente, que las mujeres sufrimos una grave desigualdad social. Lo que parece que se lleva a cabo es una colonización de discursos para conseguir una legitimación más amplia de la ciudadanía, lo que se traduce en una utilización del derecho penal como un parche provisorio que puede incluso profundizar el conflicto.

Pues bien, ¿qué herramientas utilizar en el derecho penal para mejorar las vidas de las mujeres o, más bien, para evitar la victimización secundaria?

el responsable, de *su* mujer. Pero, puesto que la interpretación es estereotipada, tampoco es claro el mensaje que se está lanzando.

Para Larrauri, una posibilidad sería la creación de “*tipos penales neutros*”. (Larrauri, 2007:132). No obstante, por lo que se ha ido viendo, se duda de la capacidad de la supuesta neutralidad, por cuanto son los hombres los que articulan el standard bajo el cual se mide la objetividad de las figuras penales. De hecho, por ejemplo, tal como está configurada la legítima defensa en la norma, podrían tener cabida actuaciones de autoprotección femenina que no se están teniendo en cuenta, si la figura se aplicara de forma adecuada y sin que veladamente se introdujeran factores correctores.

Recapitulando, y en aras de contestar a la pregunta de hipótesis inicial: ¿A partir de la aplicación del Derecho Penal, qué tipo de respuesta se da a los casos en los que opera violencia de género, cuando, ante una agresión por parte de su pareja heterosexual, la mujer se defiende *físicamente*?

La respuesta puede sistematizarse de la siguiente manera: i) falta de apreciación de violencia de género; ii) consideración de la existencia de riña mutuamente aceptada en plano de igualdad entre las partes; iii) no aceptación de la legítima defensa alegada por a mujer; iv) equiparación del desvalor en las lesiones llevado a cabo por las partes; v) penalidad idéntica o mayor pena a la mujer; y vi) en definitiva, neutralización de la pretensión formalizada por parte de la LOVG.

Lo que nos lleva a la última conclusión: lo único que alterará la respuesta del derecho (en el ámbito legislativo y el judicial) a la violencia de género en el sentido de evitar una nueva victimización de la mujer, es un verdadero y profundo cambio de actitud de lxs operadorxs jurídicxs, por cuanto interioricen dicha violencia como lo que es: un problema público que exige la incorporación de la perspectiva de género a la práctica

judicial como un mandato de rigor teórico y técnico para garantizar los derechos y libertades de las mujeres.

7.- Bibliografía

Jurisprudencia:

Aranzadi Digital www.aranzadidigital.com

Referencias:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª), núm.313/2015 de 16 octubre (JUR/2015/299232)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/2008 de 14 mayo (RTC 2008\59).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª) núm. 218/2017, de 29 de diciembre (JUR/2018/50862)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), núm. 429/2018, de 10 de septiembre (JUR/2019/5342).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), núm. 114/2015, de 24 de marzo (JUR/2015/124980)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª), núm. 96/2005, de 5 de diciembre (JUR/2006/8601).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) núm. 18/2013, de 17 de enero (JUR/2013/54020)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) núm. 292/2010, de 15 de julio (ARP/2010/1212).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) núm. 232/2014, de 11 de junio (JUR/2014/246785).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª) núm. 406/2018, de 16 de julio (JUR/2018/265817).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª), núm. 482/2017, de 14 de diciembre (JUR/2018/45295)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª), núm. 13/2015, de 14 de mayo (JUR/2015/148918)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª), núm. 220/2015, de 23 de junio (JUR/2015/208396)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), núm. 504/2010, de 9 de diciembre (JUR/2011/121513)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª), núm. 786/2015, de 29 de octubre (JUR/2015/277234)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), núm. 83/2016, de 11 de abril (JUR/2016/144833)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 142/2008, de 12 de noviembre (JUR/2009/162789)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 900/2004, de 12 de julio (RJ 2004/4197)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 447/2011, de 7 de julio (JUR/2011/406469)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª), núm. 1034/2009, de 3 de noviembre (JUR/2010/119649)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), núm. 101/2007, de 14 de mayo (JUR/2007/288544)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª), núm. 587/2017, de 18 de octubre (JUR/2017/299327)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª) núm. 356/2008, de 3 de noviembre (JUR/2009/63433)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª), núm. 1034/2009, de 3 de noviembre (JUR/2010/119649)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) núm. 670/1999 de 5 mayo (RJ 1999\3393)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1131/2006, de 20 de noviembre (RJ/2006/8115)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) núm. 45/2006, de 22 de marzo (JUR/2005/153559)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), núm. 1147/2005, de 13 de octubre (RJ/2005/7847).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 22ª), núm. 679/2018, de 31 de julio (JUR/2018/307804)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª) núm. 490/2012, de 3 de septiembre (JUR/2013/3564)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), núm. 241/2016, de 27 octubre (JUR/2017/13068)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª), núm. 164/2009, de 2 de julio (JUR/2009/425886).

Marco teórico:

ACALE SÁNCHEZ, María “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional” en RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, SOUTO GARCÍA, Eva María (coord.) *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, 2010, Granada.

AMORÓS, Celia (1990): “Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales”, en MAQUEIRA, Virginia y SÁNCHEZ, Cristina (Comp.), *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias.

ARAUJO RENTARÍA, J., BIRGIN, H., PITANGUY, J. TORRES FALCÓN, M. (2009): Violencia contra las mujeres en el espacio doméstico y la tutela del Estado: desafíos y limitaciones de la respuesta punitiva. *Anuario de Derechos Humanos* (5), pp. 60-81.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F (2006): “La violencia psíquica a la luz de la reforma del código penal en materia de violencia doméstica” en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, V-Lex.

BODELÓN, Encarna (1998): “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres” en *Jornadas 13: Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria- Gasteiz: Emakunde, págs.. 185-215.

BODELÓN, Encarna (2003): “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, Roberto (coordinador y colaborador) *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BODELÓN, Encarna (2008): “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (coord.) *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BODELÓN, Encarna (2009): “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, En Nicolás, G. y Bodelón, E. (comps.) (2009) *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans.

BODELÓN, Encarna (2014): *Violencia institucional y violencia de género*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 48, pp. 131-151.

BONET, Margarita (2010): “Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?” en HEIM, Daniela y BODELÓN, Encarna (coord.), *Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. 1.

CABRUJA, Teresa (2007): “Lo”k”as, lo”k”uras o”k”upadas. Violencias de la psicología a las mujeres: psicologización, psicopatologización y silenciamiento”, en BIGLIA y SAN MARTIN, *Estado de wonderbra. Entretejiendo narraciones feministas sobre las violencias de género*. Barcelona: Virus.

CABRUJA, Teresa (2009): “Testimonios activos molestas. Practicas discursivas y dispositivos sociosexuados en psicología y derecho”, en NICOLAS, G. y BODELÓN, E (comps) *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos y Observatori del Sistsema Penal i els Drets Humans.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013): *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ.

CORCOY, Mirentxu (1991): “Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad” en A.D.P Anuario de Derecho penal y ciencias penales, núm. 3 pp. 903-932.

DE PEÑAFORT, Raimunda (2005): *Una juez frente al maltrato* Barcelona: Debate.

FACIO, Alda y FRIES, Lorena (1999): “Feminismo, género y patriarcado” en FACIO, Alda y FRIES, Lorena (editoras) *Género y derecho*, Chile, Ediciones LOM.

FERNÁNDEZ, C- FERNÁNDEZ, A- ORTS, P (1988): *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del parricidio*. Madrid, Ministerio de Cultura. Instituto de la mujer.

FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Concepción (1990): “El concepto de agresión en una sociedad sexista” en MAQUEIRA, Virginia y SÁNCHEZ, Cristina (Comp.), *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones/

GIL RUIZ, Juana María (2007): *Los diferentes rostros de la violencia de género: ensayo jurídico a la luz de la Ley Integral L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y la Ley de Igualdad L.O. 3/2007, de 22 de marzo*, ed. Dykinson, Madrid.

HEIM, Daniela (2014): “Acceso a la justicia y violencia de género”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, pp. 107-129.

HOPP, C.M., “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, núm. 13, 2012, pp. 46-80.

LACASTA ZABALZA, José Ignacio “Género y ambivalencia del derecho y de su sistema penal” en *Jornadas 13: Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria- Gasteiz: Emakunde, 1998.

LARRANDART, Lucila (2000): “Control social, derecho penal y género” en BIRGIN, Haydée (Comp.) *Las trampas del poder punitivo: El género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos. Pp. 85-110

LARRAURI, E. (1992): “La mujer ante el derecho penal”. Revista de derecho penal y criminología. Núm. 2, págs. 291-310.

LARRAURI, E. (1994) (ed.) “Control informal: las penas de las mujeres” en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid, siglo XXI. Pp. 1-16.

LARRAURI, E. (1994) (ed.) “Control formal y el derecho penal de las mujeres” en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid, siglo XXI. Pp. 93-108.

LARRAURI, Elena (1995) “Violencia doméstica y legítima defensa- Un caso de aplicación masculina del Derecho” en LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, SL. Pp. 9-89.

LARRAURI, Elena (1995) “Una crítica feminista al Derecho Penal” en LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, SL. Pp. 145-180.

LARRAURI, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Trotta.

LARRAURI PIJOAN, E. (2008): *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*, Buenos Aires (B de f).

LARRAURI, Elena (2009): “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. Indret, revista para el análisis del derecho, Barcelona.

LAURENZO, Patricia (2008): “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (coord.) *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MACAYA, Laura (2013): *Esposas nefastas y otras aberraciones: el dispositivo jurídico como red de construcción de feminidad*, Diletants, Barcelona.

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa (2014a): *El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres*. Disponible en:

<http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/123274>

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa (2014): *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Dykinson, Madrid.

MAQUEDA ABREU, MARIA LUISA (2006): *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en:

http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf

MAQUEDA ABREU, María Luisa (2010): “1989-2009: 20 años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja” en RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, SOUTO GARCÍA, Eva María (coord.) *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada.

MCDOWELL, Linda (2009): “La definición del género”, en AVILA SANTAMARÍA, SALGADO y VALLADARES (comp.) *El género en el derecho. Ensayos críticos*, UNIFEM, Quito, Ecuador.

MESTRE, Ruth (2006): *La Caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. Universitat de Valencia.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2012): “La legítima defensa del derecho penal”, RJUAM núm. 25, 2012-I, pp. 19-48.

MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada (2003), *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Consejo General del Poder Judicial.

MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada (2004): “Violencia y género. La violencia doméstica como problema actual, estructural y público para el Derecho” en Encuentros Violencia Doméstica, CGPJ.

NAREDO, María; CASAS, Gloria; BODELÓN, Encarna (2012): “La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España” en ENCARNA BODELON: *Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales*. Barcelona: Didot, págs. 27-103.

NUSSBAUM, Martha C. (2006): *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.

ORTUBAY FUENTES, Miren (2015): “Cuando la Respuesta Penal a la Violencia Sexista se Vuelve contra las Mujeres: las Contradenuncias”, *Oñati Socio-Legal Series*, v. 5, núm. 2, 645-668.

OSBORNE, Raquel (2009): *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Bellaterra.

PÉREZ MANZANO, Mercedes (2016): “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”. *RJUAM*, núm. 34, II, pp. 17-65

PITCH, Tamar (2003): *Un Derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid: Trotta.

PITCH, Tamar (2009) “Justicia penal y libertad femenina”, en NICOLÁS, G y BODELÓN, E. (comps) *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans.

RUBIO SEVILLA, Ana (2004): “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores” en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres: guía de argumentación para operadores jurídicos* coordinadora: Ana Rubio Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

RUIZ OLABÚENAGA, José Ignacio (2012): *Metodología de investigación cualitativa*. Deusto: Universidad de Deusto.

RUIZ RESA, Josefa Dolores (2014): “Estereotipos y ciencia jurídica” en LAURENZO, Patricia y DURÁN, Rafael (coord.) *Diversidad cultural, género y derecho*, pp. 323-362

SMART, C. (1992) “La mujer del discurso jurídico” en Larrauri, E. (comp) (1994) *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid, siglo XXI.

SMAUS, Gerlinda (1998): “Análisis feminista del derecho penal”, en: Bergalli, R. (ed), *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona: Ed. Bosch.

SUÁREZ LÓPEZ, José María (2006): “Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica” en Estudios penales sobre violencia doméstica, V-Lex.

VALLE MUÑIZ “La eximente incompleta de legítima defensa” en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Vol. I*, Universidad de Cantabria, 1993.

VAN DIJK, Teun A. (2002): “El análisis crítico del discurso y el pensamiento social”. *Athenea Digital*, núm. 1.

VARONA, Daniel (1995) “La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica” en LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB,SL.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2010): “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, *Revista de derecho (Valdivia)* vol. 23, núm. 2 dic. 2010.

Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200008

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000): “El discurso feminista y el poder punitivo” en
BIRGIN, Haydée (Comp.) *Las trampas del poder punitivo: El género del Derecho
Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, Pp. 19-38.