

LESIONES PRODUCIDAS EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO

Una regulación laberíntica

Juan Luis Fuentes Osorio

Prof. Contratado Doctor (Titular acreditado) de Derecho Penal. Universidad de Jaén

FUENTES OSORIO, Juan Luis. Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género: una regulación laberíntica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-16, p. 16:1-16:57. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-16 (2013), 25 dic]

RESUMEN: El artículo analiza las variables que hay que considerar para decidir por qué tipo se sancionará el ataque contra la integridad física y psíquica en los supuestos de violencia doméstica y de género. Se trata de elaborar un árbol de decisiones que facilite la comprensión de la compleja regulación vigente a partir de tres preguntas: ¿Existe un nexo penalmente relevante entre los sujetos? ¿La conducta es delictiva según la regla descrita en el art. 147.1 CP? ¿Hay una aplicación automática de los tipos que sancionan específicamente la violencia de género y doméstica cuando hay una especial relación de convivencia o de parentesco?

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, violencia machista, violencia contra las mujeres,

violencia doméstica, lesiones, parentesco, vulnerabilidad, abuso de confianza.

ABSTRACT: This paper analyses the variables that must be considered to decide which article will be applied to penalize the aggression against physical and psychic integrity in the cases of domestic and gender-based violence. To facilitate the comprehension of the complex existing regulatory framework, a decision tree has been elaborated from the following questions: Is there a relevant criminal link between the involved individuals? Is the conduct considered criminal according to the rule described in art. 147.1 CP? Are articles that penalize gender-based violence and domestic violence automatically applied when a special coexistence or family relationship exists?

KEYWORDS: Gender violence, macho-violence, violence against women, domestic violence, intimate partner violence, personal injury offence, family relationship, breach of trust.

Fecha de publicación: 25 diciembre 2013

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ RELACIÓN TIENE CON EL/LA AGRESOR/A? A. Existencia de una especial relación (de parentesco, de convivencia). B. Relación de pareja: afecto y convivencia. 1. Demanda de afecto. 2. Convivencia. 3. Ruptura del vínculo de pareja. III. ¿LA AGRESIÓN PROVOCÓ UNA LESIÓN CONSTITUTIVA DE DELITO? A. Régimen de aplicación cuando la conducta no es un delito de lesiones según la regla del art. 147 CP. 1. ¿Realmente no existe una lesión delictiva? 2. ¿Se puede acudir a la tentativa de otros delitos de lesiones? 3. ¿Qué hacer con la otra regla de conversión de faltas en delitos recogida en el art. 147.1 CP? 4. ¿Se debe aplicar de forma automática el art. 153

CP cuando haya una falta de lesiones y los sujetos implicados tengan una especial relación de parentesco o convivencia? 4.1. De vuelta a la especial relación entre las partes. 4.1.1. Esposa o mujer ligada al hombre por relación de análoga afectividad aun sin convivencia. Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 153.1 CP). 4.1.2. Resto de relaciones (arts. 153.2 y 173.2 CP). 4.2. ¿Uso automático del art. 153 CP? 4.2.1. Aplicación automática e infracción de los principios de igualdad y culpabilidad. 4.2.2. Ruptura del automatismo sobre la base de los elementos propios del desvalor de la violencia de género. 4.2.3. Problemas de la ruptura del automatismo. B. Régimen de aplicación cuando la conducta es constitutiva de delito de lesiones en sentido estricto. 1. ¿La lesión requirió tratamiento médico o quirúrgico? Lesión del art. 147.1 CP, aplicación del art. 148 CP. 2. ¿Aunque hubo tratamiento la agresión fue leve y/o produjo un resultado leve? Conducta lesiva encuadrable en el art. 147.2 CP. 3. ¿Se ha producido un resultado lesivo muy grave? Lesión de los arts. 149 y 150 CP. IV. ¿HA HABIDO OTRAS AGRESIONES? EL CONCURSO CON EL ART. 173.2 CP. V. CONCLUSIONES. RELACIÓN DE SENTENCIAS. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN ¹

Una mujer acaba de personarse en tu bufete. Se sienta y te indica que su novio le propinó un puñetazo ayer por la noche². Antes de denunciarlo quiere saber si su conducta tendría responsabilidad penal y cuál sería su alcance. La respuesta no será unívoca. Es un tema complicado. Le comentas que dependerá de muchos factores. Te concentras en los aspectos sustantivos. Mentalmente ya sabes que, sobre todo, se debe tener en cuenta el ataque contra la integridad personal y que son pareja. Únicamente podrás contestar su pregunta si conoces cómo interrelacionan estos dos factores – lesiones y parentesco - en el Derecho penal español.

Un jurista que no estuviera familiarizado con la estructura del Título III del CP (De las lesiones) afirmaría que habría que resolverlo acudiendo a la circunstancia agravante genérica por parentesco (art. 23 CP). En parte se equivoca, en parte acierta. El modelo no es tan sencillo. La regulación de las lesiones incluye referencias específicas al parentesco y a la existencia de una especial relación de convivencia entre agresor y víctima como base sobre la que desarrollar tipos autónomos o agravados que sancionan supuestos de violencia de género y doméstica. Sin embargo, ello no está previsto para todas las lesiones posibles: en algunos casos sólo existe la posibilidad de aplicar la agravante genérica por parentesco.

Por consiguiente, quien intente decidir por qué tipo se punirá el ataque contra la integridad física y psíquica existiendo una relación de parentesco o de convivencia tendrá que entender cuándo se debe emplear la agravante genérica y cuándo los tipos específicos. Ello exige enfrentarse a una maraña de alternativas. Para desha-

¹ Artículo realizado en el contexto del proyecto de investigación "El agresor de violencia de género: tipologías, estrategias y tratamiento" (ref. DER2010-16003).

Agradezco a Beatriz Cruz Márquez los acertados comentarios y críticas realizadas a este trabajo que tanto han ayudado en su conformación final.

² De manera dolosa. Todo el artículo se plantea a partir de esta premisa.

cerla hay que manejar un árbol de decisiones en el que se tengan en cuenta varios aspectos: la lesión realizada, los vínculos entre agresor y víctima, los requisitos propios de los tipos específicos asociados con la violencia de género y doméstica y su conexión con la agravante genérica de parentesco, la concurrencia de otras circunstancias agravantes distintas (alevosía, abuso de superioridad, abuso de confianza, ensañamiento, uso de instrumentos peligrosos, etc.)

En este artículo voy a elaborar este árbol de decisiones utilizando tres criterios ordenadores básicos:

(1) ¿Qué nexo existe entre los sujetos? Se tiene que valorar si se encuentran en alguno de los niveles de vínculo parental o de convivencia establecidos en el CP.

(2) ¿La conducta es delictiva según la regla descrita en el art. 147.1 CP? Si no fuera constitutiva de delito, la existencia de una especial relación de parentesco o de convivencia y una situación de violencia de género o doméstica activaría un sistema excepcional que transforma faltas en delitos³. Si, por el contrario, fuera constitutiva de delito, convivirían formas típicas de lesión específicamente agravadas por la violencia de género o doméstica⁴ con otras que no prevén esa posibilidad y en las que entra en juego la circunstancia genérica de parentesco (u otras circunstancias como la alevosía o el abuso de superioridad e incluso la discriminación por sexo).

(3) ¿Se aplican de manera automática los tipos penales que sancionan específicamente la violencia doméstica o de género? La cuestión consiste en decidir si las relaciones de parentesco o de convivencia sobre las que se construyen los tipos de violencia doméstica o de género son condiciones suficientes para su aplicación. Cuando se da una respuesta afirmativa se habla de un automatismo formal. No obstante, se pueden demandar otros requisitos materiales adicionales. De este modo se añade al debate jurídico la determinación de su contenido. Además, su ausencia nos permite volver al modelo ordinario: lesiones básicas más agravantes genéricas.

II. ¿QUÉ RELACIÓN TIENE CON EL/LA AGRESOR/A?

Esta es la primera cuestión que le plantearemos a la mujer que ha acudido a pedirnos una consulta jurídica. Si en función de la respuesta se aprecia que no existe relación alguna o que esta no tiene relevancia para el CP la solución del caso se simplifica ya que se daría traslado al modelo ordinario de depuración de responsabilidad de las agresiones contra la integridad de las personas.

A. Existencia de una especial relación (de parentesco, de convivencia)

¿Qué relaciones entre agresor y víctima son relevantes para el Derecho penal en el ámbito de las lesiones?

³ Así el art. 153 CP.

⁴ Así el art. 148.3, 4 y 5 CP.

- (1) En principio habría que tener en cuenta las ligadas con el parentesco.
- (a) El art. 23 CP (circunstancia mixta de parentesco) nos proporciona la principal información al respecto. Los sujetos que engloba son:
 - (i) Personas con una relación de pareja (presente o pasada)⁵.
 - (ii) Ascendientes, descendientes o hermanos (por naturaleza o adopción).
 - (iii) Relaciones de afinidad: hermanos, ascendientes, descendientes del cónyuge o conviviente fáctico⁶.
 - (b) Sin embargo, al analizar las lesiones se aprecia que en este ámbito ello resulta incompleto: otros artículos introducen sujetos y relaciones no previstos en la circunstancia mixta que dan lugar a un concepto más amplio del parentesco a efectos penales.
 - (i) Menores o incapaces (que convivan o estén sometidos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o el conviviente). Así lo establece el art. 173.2 CP (al que se remite el art. 153.2 CP). La referencia a los menores e incapaces reaparece en el art. 148.3 CP (si bien precisa que los menores deben tener una edad inferior a 12 años).
 - (ii) Persona amparada que se encuentre incluida (por cualquier relación) en el núcleo de la convivencia familiar (art. 173.2 CP).
 - (iii) Finalmente también se menciona a las personas especialmente vulnerables, sin especificar el grado de parentesco, que convivan con el autor de la agresión (art. 153.1 y 148.5 CP) o que estén sometidas a custodia o a guarda en centros públicos y privados (art. 173.2 CP al que se remite el art. 153.2 CP).

(2) ¿Esta ampliación permite seguir manteniendo que el parentesco es el elemento aglutinador de las relaciones entre agresor y víctima relevantes para el Derecho penal en las lesiones? Me temo que no. El parentesco se desdibuja cuando el legislador se concentra en la relación de convivencia en el núcleo familiar con independencia del vínculo parental. Finalmente desaparece cuando se insertan formas de relación sin vínculo parental que no tienen que desarrollarse siquiera en el espacio de convivencia familiar (sino en centros públicos y privados)⁷. Hablar únicamente de parentesco resulta, por tanto, demasiado forzado. En realidad el término no aborda, al menos en las lesiones, todos los supuestos de agravación por la relación

⁵ Cónyuges o personas que estén o hayan estado ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad.

⁶ Lo que representa, por otro lado, una ampliación respecto a la redacción original del art. 23 CP. La LO 11/2003 de 29 de septiembre extendió su ámbito al incluir a las relaciones de pareja terminadas, y a los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o conviviente (limitados a los del ofensor hasta ese momento). Si bien, el art. 153 CP amplió su alcance a las parejas pasadas en una fecha anterior (LO 14/1999 de 9 de junio).

⁷ Vid. ACALE SÁNCHEZ 2005, pp. 37 y ss., que considera que esta relación requiere un tipo específico e independiente (2005, p. 41; ídem 2008, pp. 114 y s.) Vid. también en sentido crítico BENÍTEZ JIMÉNEZ 2008, p. 199.

entre víctima y agresor que el legislador ha previsto⁸. La solución a este problema es relativamente sencilla: la presencia de una *especial relación* debe ser el criterio organizador. Se pueden distinguir dos grupos:

(a) *Relación de parentesco en sentido estricto*: existencia de un nexo familiar.

La convivencia no siempre asume un papel principal y no se requiere en todas las situaciones. Se distinguen en este grupo las relaciones de pareja (presente o pasada) y el resto de relaciones familiares.

(b) *Especial relación de convivencia entre víctima y victimario*. La convivencia entre el sujeto activo y el pasivo asume un papel esencial y tiene que concurrir siempre. Puede tener lugar (i) en el entorno de la unidad familiar, (ii) en un centro público o privado de guardia y custodia. No tiene que haber un vínculo de parentesco y comprende las relaciones de dependencia.

(3) Esta superación del parentesco en sentido estricto y la aparición de una forma de agravante por la especial relación entre víctima y victimario es el resultado de la combinación de varios artículos (arts. 153, 148.4 y 5, y 173.2 CP).

Cuando estos artículos no puedan ser empleados la relación de parentesco se tendrá en cuenta, empero, mediante la agravante genérica de parentesco. ¿Qué sucede con las situaciones de especial relación de convivencia? No tienen cabida en la agravante mixta, por lo que han de ser reconducidas a las agravantes genéricas de alevosía, abuso de superioridad y de confianza⁹. Ello es así porque el fundamento material de la agravación se halla en el abuso de una situación de indefensión (de mayor vulnerabilidad) de la víctima.

Abuso de una situación de indefensión que también es el fundamento de la agravante de parentesco. La relación de parentesco, como circunstancia genérica mixta, asume en el Derecho penal español una doble trayectoria: puede utilizarse como atenuante o agravante¹⁰. Cuándo actúa en un sentido u otro ha sido determinado por la vía judicial. Como atenuante en los delitos contra el patrimonio y contra el honor. Como agravante en los delitos contra las personas y la libertad sexual. ¿Cuál es su fundamento en este último caso? Se encuentra en el abuso del principio de confianza asociado al vínculo parental¹¹: es más fácil cometer el delito porque un sujeto presenta menor protección

⁸ Vid. GORJÓN BARRANCO 2013, p. 32 que, consciente de esta tesitura, aplicará los adjetivos «cuasi-doméstico» o «cuasi-familiar» a la violencia ejercida sobre los sujetos descritos en el art. 173.2 CP.

⁹ ACALE SÁNCHEZ (2005, p. 41) critica la cláusula extensiva del art. 173.2 CP («cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar») y defiende que las agresiones deberían haber sido sancionadas por las lesiones contra la integridad personal y la agravante genérica de abuso de confianza.

¹⁰ Vid. DOVAL PAÍS 2000, p. 31; MARIN DE ESPINOSA 2004, p. 897; OLMEDO 2005, p. 659; GOYENA 2011, p. 224; MIR PUIG 2011, p. 26/53; ÍÑIGO CORROZA 2011, p. 8; MIR/GÓMEZ MARTÍN 2011, p. 112.

¹¹ Su aplicación no es automática (GOYENA 2011, p. 222). Se somete a cuatro requisitos: relación de parentesco; conocimiento de esta vinculación; abuso de confianza; voluntad de aprovechamiento de la confianza, de la situación de vulnerabilidad de la víctima. Se puede producir una aplicación automática de la agravante (así STS 1011/2006 de 23 octubre) si no se comprueba si en el caso concreto había una situación de vulnerabilidad generada por la confianza del parentesco y si el sujeto se había aprovechado intencional-

de sus bienes jurídicos frente a los parientes en quien confía¹². Esta definición del contenido material de la circunstancia de parentesco determina, en principio, su incompatibilidad con las agravantes de abuso de confianza y de alevosía¹³.

B. Relación de pareja: afecto y convivencia

De todo este conjunto de relaciones especiales las de pareja son las más relevantes en el ámbito de las lesiones: cuando la dirección del ataque sea de hombre a mujer va a permitir la aplicación de los tipos identificados como violencia de género.

¿Cuándo se puede afirmar que, para el Derecho penal, los sujetos afectados son pareja? Un criterio estricto lo reduciría a los supuestos en los que hay un vínculo legal vigente (matrimonio, pareja de hecho registrada). Ahora bien, la evolución de la sociedad muestra que puede haber una relación de pareja sin cumplir esta formalidad. Por otro lado, la dinámica de las agresiones en este ámbito de pareja hace patente la necesidad de protección de las víctimas en los casos en los que se ha producido una ruptura de la relación pues ello puede ser el motivo del ataque (o de la reiteración del mismo).

Ambos factores han condicionado en la actualidad la determinación de los requisitos que hay que cumplir para que la relación se pueda catalogar de «pareja».

1. *Demanda de afecto*

(1) La demanda de afecto es un requisito que tiene un efecto inclusivo. Permite introducir a las relaciones de hecho en las que falta el vínculo legal del matrimonio pero en las que hay una *affectio maritalis* dentro del concepto jurídico-penal de pareja. Y como tal se añade a la redacción actual del art. 23 CP (y de los arts. 153.1, 148.1.4 CP y 173.2 CP) al admitir un parentesco asimilado al de los cónyuges cuando exista una análoga relación de afectividad.

(2) ¿Cuándo hay relación de afectividad? El afecto, en lo que atañe a las parejas, implica «compromiso».

mente de ello (a favor de esta comprobación voto particular Martínez Arrieta en STS 1011/2006 de 23 octubre).

¹² Vid. DOVAL PAÍS 2000, p. 41; MARIN DE ESPINOSA 2004, p. 899; PÉREZ ALONSO 2010, p. 457; ÍÑIGO CORROZA 2011, p. 11; MIR/GÓMEZ MARTÍN 2011, p. 112. Vid. SSTS 1574/2001 de 14 noviembre; 1749/2003 de 22 diciembre.

No obstante, también se justifica por la infracción de la obligación jurídica o social de respeto mutuo (auxilio, consideración y respeto) entre los parientes. Vid. DIEZ RIPOLLÉS 2011, pp. 330 y s.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA 2011, p. 289. Vid. también OLMEDO 2005, p. 665 (pero sólo para las situaciones en las que persiste la relación de parentesco).

Mantienen esta perspectiva (respeto de las obligaciones que surgen de las relaciones parentales) las SSTS 531/2007 de 18 junio; 926/2008 de 30 diciembre; 90/2009 de 3 febrero; 1061/2009 de 26 octubre.

¹³ De otra opinión SSTS 531/2007 de 18 junio; 926/2008 de 30 diciembre. En suma, cuando su fundamento es el deber de respeto la agravante de parentesco será compatible con la alevosía, el abuso de confianza y superioridad (en relación con esta última vid. DIEZ RIPOLLÉS 2011, p. 331).

Aunque no siempre se entiende así. Igualmente se ha interpretado en un sentido subjetivo como la existencia de un sentimiento de «cariño», el propio de las parejas¹⁴.

¿Cuándo hay compromiso? Desde el momento en que haya un *proyecto de vida en común*¹⁵, una *pretensión de permanencia o estabilidad*¹⁶, una *continuidad con asunción de deberes recíprocos*¹⁷, etc., la relación de pareja (aunque no exista convivencia) será análoga a la que tienen los cónyuges (que han formalizado esa voluntad de compromiso)¹⁸.

Ahora bien, igualmente se indica que este compromiso no debe entenderse como un mero acuerdo, sino como una situación en la que las partes disfrutan de un elevado nivel de intimidad y confianza superior al que es propio de la amistad¹⁹. Se incorpora así una segunda interpretación de «compromiso», algo más próxima a la idea de «cariño», que exige adicionalmente el nivel de intimidad propio de las parejas.

(a) La demanda conjunta de ambos criterios permiten excluir las relaciones en las que hay intimidad pero no compromiso (las esporádicas de amistad o simplemente afectivas²⁰, los contactos sexuales aún de manera prolongada²¹), en las que hay compromiso pero no intimidad (matrimonios de conveniencia sin convivencia).

(b) Por otro lado posibilita abarcar situaciones en las que concurren ambos factores: supuestos de noviazgo²² (con o sin convivencia), relaciones múltiples coexistentes (p.e. pareja oficial/amante²³).

(3) No obstante, es cierto que hay casos límite en los que la exigencia de compromiso podría arrojar soluciones insatisfactorias. Una interpretación muy estricta de compromiso, que exige que sea lo más próximo posible a la promesa matrimonial, dejaría fuera formas de pareja que, sin estabilidad, ni pretensión de vida en común, tienen un importante nivel de intimidad. La solución quizá se halle en completar la definición de compromiso con una perspectiva subjetiva: que las partes se vean como pareja independientemente de la forma de su proyecto (voluntad recíproca de unión).

¹⁴ Hay jurisprudencia (STS 852/2010 de 8 octubre) que distingue entre un aspecto objetivo (la estabilidad de la relación) y otro subjetivo (elemento emocional o sentimental) del afecto.

¹⁵ Vid. SAP Barcelona 86/2011 de 2 febrero.

¹⁶ Vid. ARÁNGUEZ 2005, p. 18; DE VICENTE 2011, p. 607. Vid. SSTS 510/2009 de 12 mayo; 852/2010 de 8 de octubre; Circular FGE 6/2011, p. 14.

¹⁷ Vid. SAP Granada 561/2008 de 3 octubre.

¹⁸ El art. 23 CP contiene una referencia expresa a la estabilidad de la análoga relación de afectividad que, sin embargo, no aparece en los arts. 153.1, 148.1.4 CP y 173.2 CP.

¹⁹ Vid. SSAP Vizcaya 31/2007 de 22 enero; Madrid 1178/2010 de 14 julio.

²⁰ Vid. STS 510/2009 de 12 de mayo, Circular FGE 6/2011, pp. 12 y ss. Vid. MANJÓN-CABEZA 2011, p. 504.

²¹ Vid. DE VICENTE 2011, p. 607; SAP Barcelona 86/2011 de 2 febrero.

²² Aunque sean entre adolescentes vid. Circular FGE 6/2011, p. 14.

²³ Es evidente que también en estos casos los sujetos pueden tener una pretensión de permanencia y un alto de grado de intimidad y confianza. A favor de su inclusión ARÁNGUEZ 2005, p. 18; DE PAÚL VELASCO 2010, p. 232. Vid. Circular FGE 6/2011, p. 93.

¿Podríamos reclamar únicamente la intimidad? De este modo también nos podríamos encontrar con algunas dificultades. ¿Realmente todos los que alcanzan un importante nivel de intimidad son pareja? ¿Lo serán, por ejemplo, aquellos que mantienen relaciones sexuales de manera reiterada sin querer asumir ninguna obligación mutua? Es un debate complejo que requiere fijar qué define a una pareja: la intimidad es un elemento fundamental pero no puede desprenderse del compromiso, factor que nos ayuda a diferenciar de otras clases de relaciones.

2. *Convivencia*

(1) No es necesaria la convivencia para acreditar que hay una relación de pareja. Ello viene recogido de forma expresa en todos los artículos indicados (arts. 148.4, 153.1, 173.2 CP) menos en el art. 23 CP. Si bien lo adecuado sería que tampoco en este caso se demandara por dos motivos: se excluirían muchas formas de afectividad análogas a la relación conyugal que, aunque van acompañadas de compromiso e intimidad, no tienen convivencia. Así mismo, descartaría aquellas relaciones de pareja finalizadas, incluidas en el art. 23 CP, en las que lo normal es que haya cesado esta convivencia.

No obstante, sería perfectamente conciliable con la redacción del art. 23 CP una interpretación restrictiva que demandara la existencia de convivencia, aunque ya hubiera terminado, como modo de constatar la «estabilidad» que requiere la circunstancia mixta respecto a los cónyuges²⁴. Si fuera de este modo sucedería que en las agresiones más graves contra la integridad personal (arts. 149 y s. CP), en las que se debe acudir al art. 23 CP para tener en cuenta la relación de pareja, no sería de aplicación esta agravante cuando no hubiera existido, en ningún momento, convivencia.

(2) ¿Tiene que haber convivencia en las demás formas de relación familiar? Ni el tenor literal, ni el fundamento material del art. 23 CP lo exige (puede haber un abuso de confianza sin convivencia).

¿Y en las otras relaciones previstas en los arts. 153 y 173.2 CP? Se requiere expresamente en las situaciones de especial vulnerabilidad y respecto a los menores e incapaces, si bien se interpreta de forma amplia como convivencia ocasional (p.e. la propia de los regímenes de custodia compartida)²⁵. En las demás relaciones inicialmente no se demandaba: se mantenía que si el requisito de la convivencia venía recogido de forma expresa en el art. 173.2 CP respecto a los menores o incapaces, su ausencia respecto a los ascendientes, descendientes y hermanos determinaba que no fuera necesario para este grupo²⁶. En la actualidad la jurisprudencia lo estima imprescindible: la falta de convivencia está pensada como excepción para los casos

²⁴ Vid. DIEZ RIPOLLÉS 2011, p. 330 con el argumento de la referencia final a «conviviente» contenida en el art. 23 CP.

²⁵ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 25; ESCRIBUELA 2011, p. 554.

²⁶ Vid. Circular FGE 4/2003, p. 7. Vid. también ARÁNGUEZ 2005, p. 20.

más graves, los del art. 153.1 y 148.4 CP²⁷. Criterio que, para evitar una incoherencia en la tutela, debería estar vigente cuando se tenga que recurrir al art. 23 CP.

Esta solución es objeto de crítica porque de este modo se reduce el alcance de los tipos: p.e. se dificulta el uso del art. 153.2 CP o del art. 23 CP ya que la convivencia en muchas ocasiones parece improbable (p.e. con cuñados y con cuñados)²⁸.

La situación se complica con el art. 148.3 CP (que agrava las lesiones a menores de 12 años o incapaces). Una interpretación respetuosa con el art. 173.2 CP impediría aplicar el tipo agravado cuando estos sujetos son los afectados y no conviven con el victimario. Pero así se dejaría de tener en cuenta el mayor desvalor del comportamiento por agredir a sujetos que, con independencia de la relación y/o convivencia que tengan con el agresor, poseen una capacidad de defensa manifiestamente reducida. ¿Se acudiría al art. 147.1 CP más la agravante de abuso de superioridad o de alevosía y no al art. 148.3 CP cuando un desconocido golpee por la calle a un niño de 8 años (por ejemplo)?

3. *Ruptura del vínculo de pareja*

(1) ¿La ruptura de la relación conyugal o análoga de afectividad permite afirmar que las partes han dejado de ser pareja también a efectos penales? La finalización del compromiso influye en la confianza recíproca de modo que el sujeto podría recuperar su nivel de defensa sobre sus bienes jurídicos. El problema es que precisamente esta ruptura es la que puede condicionar la producción de agresiones contra la integridad personal²⁹. Además, el fin de la relación no implica la completa desvinculación: es común que pervivan elementos de contacto.

La nueva realidad social está marcada por el elevado número de separaciones y por un aumento de las infracciones entre parejas que han terminado su convivencia pero que mantienen relaciones personales debido al vínculo previo (perviven aspectos del mismo como los hijos; existe un estado de crisis y de posible enemistad)³⁰.

El Código penal ha tenido en cuenta estas circunstancias: no requiere una relación conyugal o asimilada *actual*, basta con que haya existido³¹. Lógicamente, en

²⁷ Vid. Consulta FGE 1/2008. Vid. SSTS núm. 201/2007 de 16 de marzo; 288/2012 de 19 abril AAP Castellón; 282/2006 de 12 julio (con numerosa jurisprudencia a favor y en contra); SAP Barcelona 1294/2008 de 25 noviembre; Pleno de la Audiencia Provincial de Madrid, en Acuerdo de fecha 25 de mayo de 2007.

También se aporta como justificación que si no hay convivencia no hay una afectación de la «paz familiar», no se crea un entorno familiar de miedo y dominación, vid. AAP Madrid núm. 1071/2007 de 19 octubre.

Vid. MENDOZA CALDERÓN 2005, pp. 20 y s.; ESCRIBIELA 2011, p. 555.

²⁸ Vid. DE PAÚL VELASCO 2010, p. 228.

²⁹ Vid. OLMEDO 2005, p. 665.

³⁰ Vid. OLMEDO 2005, pp. 660 y ss.; ÍÑIGO CORROZA 2011, p. 5.

³¹ MARIN DE ESPINOSA (2004, p. 898) insiste en que el art. 23 CP se ha convertido en una «circunstancia mixta de ex-parentesco». Vid. PÉREZ ALONSO 2010, p. 458 que sostiene que «debe criticarse la incorporación de los “ex” porque esta circunstancia “genérica” se aplicará a otras situaciones distintas de las de violencia de género, siendo, en esos casos, muy difícil justificar el incremento o la disminución de pena por haber tenido en el pasado una relación de afectividad».

un contexto de ruptura carece de sentido demandar la persistencia del afecto (ya se entienda como compromiso o como sentimiento de cariño)³².

De este modo se puede imponer la circunstancia genérica y los tipos que recogen este vínculo de parentesco también cuando haya cesado la relación.

¿Cómo usar la agravante cuando no existe esa relación de confianza, lo que suele suceder cuando se ha roto la relación parental³³? Se dice, entonces, que el agresor abusa de la confianza en la medida en que dispone de información personal de la víctima, lo que le facilita la comisión del delito³⁴. En definitiva, la agravante desvalora el abuso de una situación de mayor *vulnerabilidad*: en la que se encuentra la víctima por la confianza que tiene en su «pariente» y/o por el conocimiento íntimo que el agresor dispone sobre su pareja.

Si bien, en el caso concreto de la violencia de género la justificación, cuando se aleja de la vulnerabilidad, se encuentra en la persistencia de un contexto de dominio y sometimiento o en la actuación del sujeto para mantenerlo³⁵.

De todas maneras cuando ha pasado un periodo de tiempo considerable podría afirmarse más fácilmente la quiebra del nexo entre los sujetos: es más probable que en el delito no tenga relevancia su (ex)relación de pareja³⁶. Esto es, será más fácil probar una falta de abuso de la confianza adquirida en la pareja y, en el ámbito de la violencia de género, la desaparición del contexto dominio y sometimiento o la presencia de otras motivaciones que no tienen que ver con su mantenimiento o reproducción. En suma, el trascurso de un periodo de tiempo en una condición de ex-pareja no será un factor definitivo, pero se podrá tener en cuenta para establecer la ausencia del fundamento material de la agravación³⁷.

(2) En las demás relaciones de familia ¿qué sucede cuando se rompe el vínculo parental? Tendría sentido reproducir lo indicado con anterioridad. Sin embargo, semejante interpretación atenta contra el tenor literal de los tipos que recogen estas relaciones y en los que, en contraposición con las parejas («ser o haber sido»), se exige la actualidad del vínculo («ser»).

³² «... si no hace falta que tengan relación parental, mucho menos, se puede exigir que entre ellos exista afecto», ÍÑIGO CORROZA 2011, p. 9; PÉREZ ALONSO 2010, p. 458; DIEZ RIPOLLÉS 2011, p. 330. Dicho de otro modo, su ausencia ya no impide su aplicación, vid. SSTS 682/2005 de 1 junio; 1011/2006 de 23 octubre.

³³ Vid. críticamente en este sentido ÍÑIGO CORROZA 2011, pp. 12 y s.

³⁴ Vid. OLMEDO 2005, p. 665.

³⁵ Vid. III.A.4.2.2.2.

³⁶ Si así fuera no debería imponerse una agravación por este motivo, vid. SSTS 1197/2005 de 14 octubre; 1011/2006 de 23 octubre.

³⁷ Vid. respecto a la circunstancia genérica OLMEDO 2005, pp. 666 y s.; en relación con la violencia de género ARÁNGUEZ 2005, p. 19; DE PAÚL VELASCO 2010, p. 233.

TABLA 1. Relaciones especiales de parentesco y convivencia. Requisitos. Tipo específico aplicable. Coincidencia con el art. 23 CP.

	PARENTESCO EN SENTIDO ESTRICTO	RELACIÓN ACTUAL	CONVIVENCIA FAMILIAR	CONVIVENCIA CENTRO DE CUSTODIA O GUARDIA	TIPO ESPECÍFICO APLICABLE (Lesiones)	¿RELACIÓN RECOGIDA EN EL ART. 23 CP?
PERSONAS CON UNA RELACIÓN DE PAREJA	SI	NO (presente o pasada)	NO	NO	153.1, 148.4 agresión hombre a mujer 153.2 resto de casos	SI
ASCENDIENTES, DESCENDIENTES O HERMANOS	SI (por naturaleza o adopción)	SI	SI (discutido)	NO	153.2	SI
RELACIONES DE AFINIDAD	SI (hermanos, ascendientes, descendientes del cónyuge o conviviente fáctico)	SI	SI (discutido)	NO	153.2	SI
MENORES O INCAPACES	SI (sometidos a patria potestad, tutela, etc. del cónyuge o el conviviente)	SI	SI (discutido)	NO	153.2	SI
	NO (menores de 12 años)	SI	SI (discutido)	NO	153.2 (sujeto especialmente vulnerable), 148.3	NO
PERSONA AMPARADA	NO (por cualquier relación incluida en el núcleo de la convivencia familiar)	SI	SI	NO	153.2	NO
PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES	NO	SI	SI	NO	153.1, 148.5	NO
	NO	SI	NO	SI	153.2	NO

Fuente: elaboración propia

Nuestra clienta ha contestado a esta pregunta. Ha dado una respuesta afirmativa. Ya sabemos que se trata de un problema asociado con el parentesco y a cuál de los grupos observados pertenece (tiene una relación de pareja con el agresor). Debemos acudir al modelo *específico* de depuración de responsabilidad de las agresiones contra la integridad de las personas y situarlo dentro de los casos de violencia de género. Ello dependerá de la gravedad de la lesión y de los requisitos asociados a esta forma de violencia.

III. ¿LA AGRESIÓN PROVOCÓ UNA LESIÓN CONSTITUTIVA DE DELITO?

La posterior pregunta que le hará a su clienta será ¿ha sufrido una lesión? Y si la respuesta es afirmativa, le seguirá: ¿cuál ha sido su gravedad?

A. Régimen de aplicación cuando la conducta no es un delito de lesiones según la regla del art. 147 CP

La normal general, recogida en el art. 147 CP, señala que una lesión sólo será constitutiva de delito cuando se cumplan dos requisitos: haya asistencia facultativa

y, adicionalmente, un tratamiento médico o quirúrgico. Cuando esto no suceda el comportamiento realizado será objeto de sanción, como falta, por el art. 617 CP. Por consiguiente, la falta dolosa de lesiones tiene un carácter residual o subsidiario respecto al art. 147.1 y 2 CP.

El Proyecto de CP 2013 se desprende de estos requisitos. Se establece una graduación en las lesiones delictivas en función de su gravedad. Cuando sea grave por el art. 147.1 y ss. PCP, cuando sea leve por el art. 147.2 PCP, cuando haya un maltrato que no genere lesión por el art. 147.3 PCP. Las faltas desaparecen.

No obstante, la falta podrá ser sancionada como delito: por la vía del art. 153 CP. Se podrá imponer si se cumplen tres requisitos:

(1) Haya una lesión no constitutiva de delito: golpear o maltratar de obra sin causar lesión o producir un menoscabo psíquico o lesión no definida como delito.

El Proyecto de Reforma del CP 2013 supera la excepcionalidad que el art. 153 CP representa en el modelo actual al fijar que toda lesión será delictiva. Este artículo ya no se utiliza para convertir faltas en delitos. Pasa a ser un tipo que agrava por la violencia de género o doméstica los ataques leves contra la integridad personal, conductas que, con carácter general y cuando no concurra tal circunstancia, serán sancionadas por los arts. 147.2 y 3 PCP.

(2) Sobre uno de los sujetos mencionados: el número uno se refiere a las parejas y ex-parejas (pero sólo en la dirección hombre que agrede a mujer); el número 2 incluye las demás agresiones entre parejas, a otros parientes y las que acontecen en las relaciones de convivencia (existe una remisión a las personas descritas en el art. 173.2 CP).

(3) Se realice de manera dolosa (del mismo modo el art. 148 CP sólo está previsto para las conductas dolosas).

Una vez que se haya decidido emplear el art. 153 CP habría que estimar si concurren algunas de las circunstancias agravantes o si la conducta puede atenuarse.

Se aplicará de manera agravada (mitad superior) si se comete el delito en presencia de menores; utilizando armas; en el domicilio común o de la víctima; quebrantando una pena del art. 48 CP o una medida cautelar o medida de seguridad de la misma naturaleza (art. 153.3 CP). Circunstancias agravantes que se encuentran en una relación disyuntiva³⁸.

También será posible atenuar (rebaja en un grado) en función de las circunstancias personales del autor y las concurrentes cuando se realizó el hecho (art. 153.4 CP)

La existencia de esta excepción al régimen general de responsabilidad en el delito de lesiones obliga a analizar varias cuestiones en las próximas páginas:

(i) Las dos primeras plantean dudas sobre la inexistencia de una lesión delictiva. ¿Seguro que la conducta efectuada no puede ser calificada como lesión o tentativa de lesión? (ii) La tercera recuerda que ya había un modelo excepcional, el de la conversión de cuatro faltas en delito. ¿Cómo convive esta regla con la introducida

³⁸ El análisis pormenorizado de estas circunstancias no será tratado en este artículo, vid. al respecto CRUZ BLANCA 2004, pp. 131 y ss.; ACALE SÁNCHEZ 2005, pp. 44 y ss.; OLMEDO 2009, pp. 359 y ss.

por el art. 153 CP? (iii) Finalmente, la última pregunta nos conduce a la reflexión nuclear sobre el injusto del art. 153 CP (y del art. 148.4 CP): ¿la asociación de la violencia de género y doméstica con las relaciones descritas permite la aplicación automática de los tipos cuando estas concurren o exige la satisfacción de ciertos requisitos materiales adicionales?

1. *¿Realmente no existe una lesión delictiva?*

En ocasiones se identifica el delito de lesiones únicamente con la tutela de la integridad en su aspecto físico. La parte psíquica o se olvida o se le concede un papel secundario y subordinado a la agresión física.

(1) Ahora bien, se puede producir una lesión psíquica delictiva con o sin agresión física³⁹ y con independencia del resultado que esta haya tenido. Y ello porque el objeto de análisis es diferente (hay que constatar la existencia de un menoscabo de *la salud mental*⁴⁰) y autónomo (puede utilizarse un medio lesivo que no sea la agresión física).

(2) Si se confirma la existencia de una lesión psíquica no se recurrirá al art. 153 CP, sino que se abre la vía del art. 147 CP⁴¹, lo que desemboca en la posibilidad de sancionar por un tipo agravado: art. 148.4 CP⁴².

(3) Sin embargo, existe una tendencia jurisprudencial a la absorción de la lesión psíquica por los arts. 153 y 173.2 CP⁴³ porque se dice que es la consecuencia de dicho estado de dominio y sometimiento. Sólo se castigarán de manera autónoma si superan las «secuelas psicológicas naturales» producidas por esos delitos⁴⁴. Con otras palabras, se afirma que hay lesiones psíquicas que aunque tienen gravedad suficiente para ser delictivas según la regla del art. 147.1 CP han de ser sancionadas, no obstante, por el art. 153 CP. Ello se apoyaría, por ejemplo, en que el término «menoscabo psíquico» del art. 153.1 CP está situado con anterioridad a la no exigencia de producción de resultado lesivo delictivo. Ello permite defender que se refiere a la lesión psíquica delictiva⁴⁵.

El Proyecto de Reforma del CP del 2013 podría seguir esta misma lógica interpretativa pues mantiene que el art. 153 PCP se aplicará cuando se cause menoscabo psíquico o lesiones de menor gravedad. Aunque lo más razonable sería considerar que menos-

³⁹ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR 2002: 169; CASTELLÓ NICÁS 2009, p. 76. Vid. STS 261/2005 de 28 febrero.

⁴⁰ No ha de ser permanente, ni tiene que llegar a ser tan grave como para calificarlo como enfermedad mental pero objetivamente debe requerir un tratamiento psiquiátrico.

⁴¹ Vid. CORCOY 2006, p. 178; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 507.

⁴² Vid. SSTS 1152/2005 de 5 octubre; 1050/2007 de 19 diciembre.

⁴³ Vid. TS Pleno no jurisdiccional de 10 de octubre de 2003; SSTS 348/2007 de 20 abril; 510/2009 de 12 mayo; 1017/2011 de 6 octubre; 1348/2011 de 14 diciembre. Cfr. SSTS 1152/2005 de 5 octubre; 1050/2007 de 19 diciembre.

⁴⁴ Vid. SSTS 348/2007 de 20 abril; 629/2008 de 10 octubre; 79/2009 de 10 febrero; 1017/2011 de 6 octubre.

⁴⁵ Vid. al respecto HUERTA TOCILDO 2003, p. 532.

cabo (psíquico) equivale a «lesión de carácter no grave», de la prevista en el apartado 2 del artículo 147 PCP.

Esta línea interpretativa conduce a reconocer que el art. 153 CP es un tipo privilegiado (!) que cierra el acceso a otras formas más intensas de represión de las lesiones en un contexto de violencia de género y doméstica.

2. *¿Se puede acudir a la tentativa de otros delitos de lesiones?*

Como no se cumplen los requisitos del art. 147.1 CP respecto al resultado lesivo, se dice que el comportamiento es una falta de lesiones y que por la relación existente entre los sujetos debe reconducirse al art. 153 CP. Sin embargo, antes hay que plantearse si la conducta tiene una elevada capacidad lesiva y si por ese motivo podría ser una tentativa de lesiones dolosas. Dicho de otro modo, puede haber un espacio para la tentativa cuando la agresión, que tiene suficiente capacidad lesiva *ex ante*, provoca, empero, un resultado lesivo mínimo o no genera lesión alguna.

Esta opción, poco utilizada, resulta especialmente adecuada en los casos en los que se actúa con un medio peligroso (art. 148.1 CP) o en los que se persigue alguna de las lesiones del art. 149 o 150 CP⁴⁶.

Si analizamos desde este enfoque el artículo 153.1 CP sería posible afirmar que, cuando nos centramos únicamente en la ausencia de lesión o en el resultado lesivo que no cumple los requisitos del art. 147.1 CP, y no atendemos a la capacidad lesiva de la conducta realizada, en ocasiones podemos estar recurriendo a esta figura para sancionar acciones que son tentativas de lesiones delictivas. Si fueran del art. 149 o 150 CP la aplicación del art. 153 CP tendría un efecto atenuatorio. Respecto al art. 147.1 CP la sanción por el art. 153 CP representaría, empero, una forma de agravación ya que su marco penal (6 meses a 1 año) es superior al que correspondería a la tentativa acabada del art. 147.1 CP (3 a 6 meses). No obstante, habría que plantearse si una tentativa del 147.1 CP, en un contexto de violencia de género, no se transformaría en tentativa del art. 148.4 CP que en su forma inacabada coincide con el marco penal del art. 153.1 CP, pero que en la acabada (1 a 2 años) es superior a la de este, que aparece así, de nuevo, como tipo atenuado.

3. *¿Qué hacer con la otra regla de conversión de faltas en delitos recogida en el art. 147.1 CP?*

Este artículo contiene una regla concursal, de continuidad delictiva (impropia), prevista específicamente para un supuesto no abarcable por el art. 74 CP (que no alcanza estos bienes personales). Conforme a ella la realización durante un año de cuatro conductas constitutivas de falta del art. 617 CP se sancionará como un delito del art. 147.1 CP.

⁴⁶ Vid. a favor de su uso CORCOY 2006, p. 175; FELIP 2011, p. 72; ESCRIBUELA 2011, p. 520.

La desaparición de las faltas prevista en el Proyecto de reforma del CP 2013 acaba, lógicamente, con esta regla y con la problemática que aquí se expone.

Si ese fuera el caso, si concurrieran esas cuatro agresiones⁴⁷ (que no tienen que recaer sobre el mismo sujeto pasivo⁴⁸) entonces no se podría acudir al art. 153 CP, ya que las conductas, por su reiteración, serán sancionadas por un (único) delito de lesiones. De este modo saltaríamos al punto III.B (régimen de aplicación cuando la agresión sea considerada un delito de lesiones).

Esta solución puede ser conflictiva. ¿Qué sucede cuando las faltas se producen sobre distintas personas y no se tiene con todas una relación de parentesco o de convivencia o cuando esta relación es distinta para cada sujeto? Imaginemos que el acusado ha cometido tres faltas ordinarias (agredió a tres desconocidos) y una reconducible directamente art. 153 CP (agredió a su pareja). ¿Dan lugar a un art. 147.1 CP que nos lleva finalmente al art. 148.4 CP? Parece una solución desproporcionada ya que en realidad se sancionaría por un tipo agravado cuando únicamente en uno de los casos existe la relación desvalorada. Se podría decir que no se debe aplicar el art. 148.4 CP que es potestativo. Lo que nos dejaría el art. 147.1 CP, al que debería unirse, al menos, la agravante de parentesco. No podríamos dejar de tenerla en cuenta porque concurre en un caso, pero, al afectar a una sola de las víctimas, debería tener un efecto agravatorio mínimo. En cambio, si las cuatro agresiones se hubieran producido sobre el cuñado, el hermano (dos veces) y sobre su mujer nos encontraríamos con la dificultad de decidir por qué tipo sancionar: por el que recoge la relación de parentesco castigada con la pena más grave por el ataque contra la pareja (art. 148.4 CP) o por la opción más leve (arts. 147.1 + 23 CP).

La forma más sencilla de evitar este embrollo consiste en defender que si una conducta es encuadrable en el art. 153 CP no se cumple en un sentido estricto lo requerido por la regla de acumulación del art. 147 CP: que sean comportamientos del art. 617 CP. Por tanto, en el primer ejemplo descrito tendríamos tres faltas del art. 617 CP, todas en concurso real con el delito del art. 153 CP. De igual forma, en el segundo caso tendríamos un comportamiento sancionable por el art. 153.1 CP y otros tres por el art. 153.2 CP en concurso real.

El tope punitivo de este último concurso real (3 años, triple de la pena mayor, art. 76 CP) coincide con el límite máximo del art. 147.1 CP.

Ahora bien, la reiteración de lesiones del art. 153 CP podría determinar que el maltrato tenga un carácter habitual. ¿Qué efecto tendría la aparición en escena del art. 173.2 CP? Trataré este aspecto más adelante. Sólo anticipar que si se resolviera

⁴⁷ Y se cumplen otra serie de requisitos: (i) faltas cometidas en un año y que no estén separadas entre sí más de seis meses (periodo de prescripción de las faltas, art. 131.2 CP). (ii) No sean faltas con enjuiciamiento en trámite, hayan sido ya castigadas o sobreesidas.

⁴⁸ Vid. QUERALT 2010, p. 117.

la concurrencia de los arts. 173.2 y 153 CP mediante un concurso de delitos⁴⁹ (que ahora sería ideal por la unidad de acción que existe y que muestra la propia habitualidad) habría que decidir si efectivamente la lesiones leves se siguen puniendo por el art. 153 CP o si debemos aplicar el art. 617 CP al considerar que el aspecto relativo a la violencia doméstica y de género ya se ha tenido en cuenta al sancionar la violencia habitual⁵⁰.

4. *¿Se debe aplicar de forma automática el art. 153 CP cuando haya una falta de lesiones y los sujetos implicados tengan una especial relación de parentesco o convivencia?*

Con los datos que tenemos hasta el momento (ha sido agredida por su pareja y no hay lesión delictiva) se puede pensar que el art. 153.1 CP es el tipo pertinente. Es probable, pero no siempre sucede así. Para tener mayor certeza tenemos que plantearnos otras dos cuestiones: ¿Qué relaciones especiales entre el agresor y la víctima se incluyen en el art. 153 CP? ¿Siempre que concurra alguna de estas relaciones se sancionará la falta de lesiones por el art. 153 CP? La respuesta a estas dos preguntas depende, en definitiva, de cómo se interpretan los tipos que recogen estas relaciones cuando se asocian con la violencia de género o doméstica.

4.1. *De vuelta a la especial relación entre las partes*

El art. 153 CP sólo entrará en juego cuando la víctima descrita coincida con la comprendida en alguno de los dos primeros números:

4.1.1. Esposa o mujer ligada al hombre por relación de análoga afectividad aun sin convivencia. Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 153.1 CP)

Hay dos grupos de sujetos.

(1) Respecto al primer grupo ya hemos resuelto las principales cuestiones que suelen plantearse en el punto II. La singularidad del art. 153.1 (y del art. 148.4 CP) se encuentra en que el tipo se concentra en las agresiones entre parejas en las que la víctima es una mujer⁵¹. Ello excluye los ataques a hombres por sus parejas (masculinas o femeninas)⁵². Sin embargo, la fijación del sexo del agresor es equívoca. ¿Abarca los ataques de mujer a mujer? Se podrían aceptar como posible siempre que sean o hayan sido «pareja»: en el primer párrafo sólo hay una determinación expresa de la víctima, la referencia al agresor, en cambio, es genérica («el que»⁵³).

⁴⁹ La otra opción será acudir al concurso de leyes.

⁵⁰ Vid. punto IV.

⁵¹ Vid. MANJÓN-CABEZA 2011, p. 503. Se incluyen los transexuales, vid. Circular FGE 4/2005, p. 11; 6/2011, p. 15 y ss.

⁵² Vid. Circular FGE 6/2011, p. 15; STS 1068/2009.

⁵³ Vid. BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 69; LARRAURI 2007, p. 91; ídem 2009, p. 5; MANJÓN-

La admisibilidad de la sanción de estas agresiones por el art. 153.1 CP no reside, empero, en la descripción del sujeto activo, sino de cómo se interprete su fundamento material. Por consiguiente, una versión que con independencia del sexo del agresor exclusivamente se centra en la existencia de la relación, en la naturaleza del sujeto pasivo (que sea una mujer) y en el abuso de la situación de confianza permitirá integrar las agresiones de mujer a mujer en el art. 153.1 CP.

Ahora bien, este artículo, como ya he anticipado, se vincula con la violencia de género. Desde este enfoque se puede incorporar a cualquier agresor si se recalca en que lo característico de esta violencia es que el sujeto pasivo sea mujer⁵⁴ o en la existencia de relaciones de dominación o sometimiento *en la pareja*⁵⁵. Excluirá esta posibilidad, en cambio, la interpretación que mantenga que se refiere únicamente a la violencia entre hombre y mujer⁵⁶ (posición dominante y que se apoya en el art. 1.1 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género).

(2) En lo que atañe a la mención a las personas especialmente vulnerables hay que destacar tres aspectos.

(a) Se orienta a situaciones que no sean abarcadas por el primer inciso. De manera que no hay una restricción en los sujetos que pueden ser englobados en este grupo. No se precisa que tengan nexo de parentesco alguno.

En consecuencia, por esta vía, cuando haya un abuso de una situación de vulnerabilidad, podrían tener cabida las agresiones en el contexto de la pareja sin limitación en el sujeto activo o pasivo: de una mujer a un hombre, de hombre a hombre, de mujer a mujer.

(b) No basta con que el sujeto sea especialmente vulnerable, se demanda convivencia con el agresor.

(c) La vulnerabilidad debe ser elevada. Sobre ello insiste el término «especialmente». Habrá que interpretar, por tanto, que se refiere a las agresiones a personas con capacidad mínima o muy reducida de defensa con las que existe convivencia.

CABEZA 2011, p. 502. De otra opinión DE PAÚL VELASCO 2010, p. 233 sostiene que sí hay una indicación expresa al agresor masculino, cuando se menciona que ha de ser «una mujer que esté o haya estado ligada a él».

⁵⁴ Así OLAIZOLA 2010, p. 303, que afirma que la violencia de género «viene caracterizada por el sujeto pasivo (mujer) y no por el sujeto activo, que podrá ser hombre o mujer». LAURENZO COPELLO (2008, pp. 2108 y s.) mantiene que si lo importante es el sujeto pasivo se podría admitir, aunque sean escasos, los ataques de mujer contra mujer.

⁵⁵ Vid. infra nota 57.

⁵⁶ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 11; GONZÁLEZ RUS 2005, p. 487; ARÁNGUEZ 2005, p. 16; DE VICENTE 2011, p. 606; ESCRIBUELA 2011, p. 552; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 502; CGPJ 2013, p. 21. Críticamente BOLDOVA/RUEDA 2004a, pp. 69 y ss.; LARRAURI 2007, p. 92.

Finalmente acepta esta interpretación porque considera que es posiblemente la que estaba en la mente del legislador y para contribuir a la discusión sobre el principio de igualdad LARRAURI 2009, p. 6. Sin embargo, recalca que la mujer lesbiana sufre de este modo doblemente la desigualdad estructural: la de los hombres y la de las mujeres que asumen una sexualidad acorde con los cánones de la sociedad patriarcal (LARRAURI 2007, p. 50).

4.1.2. Resto de relaciones (arts. 153.2 y 173.2 CP)

El art. 153.2 CP se remite expresamente a las relaciones de parentesco y convivencia descritas en el art. 173.2 CP⁵⁷.

Se aprecia una mención a relaciones que ya estaban insertas en el art. 153.1 CP:

(a) Relaciones de pareja. ¿Se vuelve a sancionar por esta vía las agresiones de hombre a mujer? A través de este artículo se depura la responsabilidad en las relaciones conyugales o de análoga afectividad *que no sean comprendidas en el primer número*⁵⁸ (tal y como señala de manera expresa el art. 153.2 CP⁵⁹): en las que la víctima es una mujer y el sujeto activo es un hombre con quien no tiene o ha tenido una relación de pareja (p.e. un hijo respecto a su madre) o una mujer; en las que la víctima es un hombre quienquiera que sea el agresor (p.e. en las relaciones de pareja homosexuales)⁶⁰.

(b) Sujetos especialmente vulnerables. La referencia al art. 173.2 CP nos conduce de nuevo a la vulnerabilidad. Sin embargo, no hay problema de distinción con el art. 153.1 CP porque este artículo exige convivencia en el entorno familiar. De este modo, las agresiones a sujetos especialmente vulnerables serán sancionadas por el art. 153.2 CP únicamente si estuvieran sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La falta de constatación del requisito de la especial relación de parentesco o convivencia, aunque haya una situación de dominio machista, conducirá a la

⁵⁷ Cónyuge o persona ligada por una relación de análoga afectividad (presente o pasada), descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios del cónyuge o del conviviente, menores o incapaces (que convivan o estén sometidos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o el conviviente), persona amparada en cualquier otra relación que se encuentre incluida en el núcleo de la convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

⁵⁸ Vid. Circular FGE 4/2005, pp. 24, 28; GONZÁLEZ RUS 2005, p. 488; OLMEDO 2009, p. 354; DE VICENTE 2011, pp. 607 y s.; DE PAÚL VELASCO 2010, p. 234; ESCRIBIELA 2011, p. 554.

⁵⁹ «Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, *exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...*», art. 153.2 CP, cursiva añadida.

⁶⁰ Sobre la violencia en el ámbito doméstico en la que la mujer es victimario vid. OSBORNE 2008, pp. 116 y ss.; ídem 2009, p. 101; LARRAURI 2009, p. 6; MORILLAS FERNÁNDEZ 2009, p. 329; CRUZ MÁRQUES 2010, pp. 94 y ss.

OSBORNE (2008, pp. 118 y s., 122; ídem 2009, pp. 101 y ss.) insiste en que en los estudios estadísticos se presupone de forma incorrecta que la mujer no es capaz de maltratar. Las mujeres agreden, cuestión aparte es que este hecho no debe desvirtuar que los hombres lo hacen mucho más y de forma más violenta, que la «violencia de mujer a hombre no viene amparada por una ideología que apoya la dominación y el control a los hombres por parte de las mujeres» (OSBORNE 2009, p. 101), no debe quitar gravedad a la violencia de hombres sobre las mujeres.

LARRAURI (2009, p. 6) defiende que aunque en la estructura jerárquica de géneros de nuestra sociedad las mujeres sean las principales víctimas no excluye la posibilidad de que el agresor pueda ser una mujer ni que el hombre pueda ser una víctima.

CRUZ MARQUEZ 2010, pp. 94 y s., comenta que se ha producido en Extremadura un incremento (del 16% -1990/2002- al 32,4 % -2005/2007-) de las agresiones en que la víctima y victimario son mujeres: «Este dato, cuya interpretación precisa sin lugar a dudas un análisis más exhaustivo, podría ser indicativo, al menos parcialmente, de la utilización de la violencia por parte de la mujer también desde una perspectiva patriarcal y machista, en la medida en que su uso, tanto en el contexto familiar como en el de una relación íntima, sea manifestación de la asunción de dicho esquema» (2010, p. 94).

aplicación del régimen general de las lesiones: sanción como falta del art. 617 CP⁶¹.

4.2. *¿Uso automático del art. 153 CP?*

4.2.1. Aplicación automática e infracción de los principios de igualdad y culpabilidad

Se puede defender que el art. 153 CP se impondrá *automáticamente* en el momento en que concurra una agresión no constitutiva de delito y haya una especial relación de parentesco o convivencia⁶². Es una exégesis plausible en cuanto que el art. 153 CP no encierra en su redacción ningún requisito objetivo (con la salvedad de la apuntada relación entre sujeto activo y pasivo) ni subjetivo⁶³.

Si se acepta esta interpretación, la única línea de defensa que se puede seguir para enfrentarse al automatismo consiste en negar la especial relación de parentesco⁶⁴ o convivencia, en indicar que el sujeto no pretendía llevar a cabo agresión alguna⁶⁵.

Ahora bien, este automatismo obligaría a apoyar la diferencia en el marco penal entre el número 1 y 2 del art. 153 CP⁶⁶, ante la identidad de la agresión prevista en ambos números, en el sexo de agresor y agredido.

Se produciría una infracción del principio de igualdad⁶⁷ y de culpabilidad⁶⁸. ¿Cómo resolver este problema? A ello se responde negando la primera premisa: las agresiones no son idénticas. La diferencia en la pena no se sustenta en el sexo de los sujetos sino en la gravedad de las lesiones: las que sufre la mujer por parte de su marido/compañero/pareja son más graves. Hay dos tipos de violencia, la de género y la doméstica, con características y causas diferentes⁶⁹.

Así mismo se apunta que no hay desproporcionalidad⁷⁰ en el marco punitivo porque

⁶¹ Vid. STS 703/2010 de 15 julio; SAP Barcelona 790/2007 de 12 septiembre.

⁶² Vid. STS 580/2006 de 23 de mayo. Vid. HERRERA MORENO 2010, p. 112.

⁶³ Vid. SAP Madrid 374/2007 de 30 de abril. A favor de la aplicación automática de los tipos vinculados con la violencia de género CGPJ 2013: 42 y ss. Vid. críticamente MANJÓN-CABEZA 2011, pp. 495, 509, 517.

⁶⁴ Vid. SAP Granada 561/2008 de 3 octubre.

⁶⁵ Vid. SAP Tarragona 880/2005 de 17 octubre.

⁶⁶ Art. 153.1 CP: «(...) 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

Art. 153.2 CP: «(...) 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

⁶⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS 2005, p. 496; QUINTERO OLIVARES/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO 2009, p. 119.

⁶⁸ Vid. BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 71; GONZÁLEZ RUS 2005, p. 497.

⁶⁹ Vid. SSTC 59/2008 de 14 de mayo; 45/2009 de 19 de febrero; 127/2009 de 26 de mayo; 41/2010 de 22 de julio. Vid. FUENTES SORIANO 2005: 1154, 1161 y ss.

⁷⁰ Críticamente por la falta de proporcionalidad al sancionar con una pena de hasta un año de prisión

existe la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad y porque se prevé una rebaja en un grado en función de las peculiaridades del caso (art. 153.4 CP)⁷¹. Pero si se tiene en cuenta que la atenuación está prevista para todos los sujetos descritos en el art. 153 CP se aprecia que no es un criterio específico de corrección del marco punitivo del art. 153.1 CP⁷².

El desglose en dos clases de violencia surge, por consiguiente, como elemento justificante⁷³. ¿Qué las diferencia? El factor de distinción, reside, a efectos penales, en el aspecto material, en el desvalor de cada violencia.

4.2.2. Ruptura del automatismo sobre la base de los elementos propios del desvalor de la violencia de género

(1) El binomio conceptual violencia doméstica/de género no es reconocido de forma expresa, en el ámbito de las lesiones, por la normativa penal que. Se introduce mediante una interpretación de la referencia típica a las especiales relaciones de parentesco y de convivencia desde la perspectiva que da el art. 1 de la LO 1/2004⁷⁴.

No existe en la jurisprudencia un uso uniforme de estos conceptos: en ocasiones se consideran sinónimos, en otras se prefieren otros (violencia contra la mujer, violencia en el ámbito familiar, delito de maltrato, etc.)⁷⁵.

agresiones leves: DEL ROSAL BLASCO 2005, p. 338; GONZÁLEZ RUS 2005, p. 499; MENDOZA CALDERÓN 2005, p. 15; ACALE SÁNCHEZ 2005, p. 18; ídem 2008, pp. 137 y ss.; OLMEDO 2009, pp. 369 y ss.; ALONSO ÁLAMO 2008, pp. 31, 46 (que mantiene que puede tener incluso un efecto criminógeno: «el delincuente puede contar con que haga lo que haga va a ser alcanzado por una pena que no guarda proporción con la gravedad de su hecho», 2008, p. 46).

⁷¹ Así MAQUEDA ABREU 2006a, p. 185; ARROYO ZAPATERO 2008, p. 733; PÉREZ MACHÍO 2010, p. 349; DE PAÚL VELASCO 2010, p. 217.

Vid. AATC 233/2004 de 7 de junio; 332/2005 de 13 de septiembre; SSTC 59/2008 de 14 de mayo; 81/2008 de 17 de julio; 95/2008 de 24 de julio; 99/2008 de 24 de julio; STS 1177/2009 de 24 noviembre; 45/2010 de 28 de julio.

⁷² Del mismo modo se critica que la corrección de la desproporcionalidad de los tipos quede en manos del juez: si el marco penal en abstracto era desproporcionado lo seguirá siendo después de su intervención, ACALE SÁNCHEZ 2008, p. 146.

⁷³ Se suele indicar que la distinción entre ambas aparece con la LO 1/2004 que independiza la violencia de género de la doméstica, vid. ARÁNGUEZ 2005, p. 13; LAURENZO COPELLO 2006, pp. 343 y ss.; COLL-PLANAS/GARCÍA-ROMERAL/MAÑAS/NAVARRO-VARAS 2008, pp. 194 y s.; RAMÓN RIBAS 2009, p. 17; SUBIJANA 2010, p. 5.

Vid. críticamente porque estima que la actual redacción no realiza una autentica distinción entre ambas CUERDA ARNAU 2010, p. 8: «los tipos penales de violencia de género son tipos penales de violencia doméstica».

⁷⁴ Función interpretativa de la LO 1/2004 que reconoce la Circular FGE 4/2005, pp. 18 y ss. Subraya la necesidad de interpretar los arts. 153 y 148 CP con una perspectiva de género QUINTERO OLIVARES 2009, p. 444.

⁷⁵ Vid. CGPJ 2009, p. 101 (que, no obstante, está a favor de esta distinción entre violencia de género y doméstica, CGPJ 2013, pp. 21 y ss.)

Esta falta de acuerdo también la aprecia el «Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer» que señala que (en la encuesta realizada a 3009 personas y 948 profesionales de los medios) «el término que se utiliza mayoritariamente para definir el maltrato de un hombre a su pareja o expareja es el de violencia de género: (65% en dos opciones de respuesta) seguido del de «violencia doméstica» (en torno al 30%) y de quienes se aproximan de forma coloquial al asunto (violencia contra la mujer) y ó desbordan

(a) Ello tiene una primera consecuencia (ya comentada): existe una determinación del victimario (hombre) y la víctima (mujer, pareja presente o pasada) en la violencia de género que excluye la posibilidad de que esta sea ejercida por mujeres y/o la puedan sufrir los hombres⁷⁶. Situaciones que se reconducen a la violencia doméstica.

(b) Por otro lado, la decisión de estructurar la violencia de género y doméstica sobre las especiales relaciones de parentesco y convivencia arroja dos resultados contradictorios con el fin perseguido por la LO 1/2004. Si sólo es violencia de género lo subsumible en los arts. 153.1 y 148.4 CP no será clasificada a efectos penales la ejercida contra la mujer fuera de esas relaciones, que actúan como límite:

(i) Descarta la que tiene lugar en otros ámbitos (por ejemplo la ejercida en un entorno laboral⁷⁷).

(ii) Degrada al nivel de violencia doméstica toda la realizada contra la mujer, con la que existe una relación de parentesco o convivencia, que no es (o fue) pareja⁷⁸ (por ejemplo la que sufren las madres por parte de sus hijos).

dicha denominación enfatizando el componente machista de dichos comportamientos (violencia machista)», vid. OBSERVATORIO 2011, p. 15.

Tampoco existe acuerdo en la doctrina. CORCOY (2006, p. 144) no las diferencia, defiende un concepto de violencia doméstica omnicompreensivo: «considero más adecuado utilizar el término «violencia doméstica», puesto que en nuestra legislación «especial» no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer y *a contrario sensu*, se incluyen supuestos en los que la víctima no necesariamente es mujer». Concepto omnicompreensivo de violencia doméstica presente en los AATC 233/2004 de 7 de junio; 332/2005 de 13 de septiembre. Crítica porque es un término que diluye aspectos como el objeto, el sujeto y el fin de la violencia, OSBORNE 2009, p. 28.

FARALDO (2006, p. 86), en cambio, prefiere la distinción entre violencia de género y violencia doméstica porque la primera «pone el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja» y la segunda es más amplia (toda violencia ejercida en el hogar contra un miembro de la familia) y restrictiva (no alcanza la violencia sobre la ex-pareja o la pareja sin convivencia)». Vid. en el mismo sentido LAURENZO COPELLO 2005a, p. 94.

FUENTES SORIANO (2005, pp. 1155 y ss.) mantiene esta distinción pero afirma que la violencia de género es un concepto más amplio que el de la violencia doméstica (una de las manifestaciones de la violencia de género). Si bien parte del presupuesto de que la violencia doméstica que sufre la mujer es diferente a otras agresiones violentas en el ámbito familiar.

LARRAURI (2009, p. 47) insiste en que la violencia doméstica tiene un papel complementario: «(...) no creo que sea necesario entrar en una polémica de nombre. Algunas investigadoras feministas usan el concepto de violencia de género, en tanto que otras persisten en el empleo del término violencia doméstica. La idea que pretendo apuntar es que si bien el concepto de violencia doméstica corre el riesgo de minimizar el hecho de que la mayor parte de sus destinatarias son mujeres, permite capturar el contexto en que se producen las agresiones, y entender que también este es determinante cuando se estudia la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja».

⁷⁶ COLL-PLANAS/GARCÍA-ROMERAL/MAÑAS/NAVARRO-VARAS 2008, p. 190 defienden que en la Ley integral «las medidas han sido formuladas refiriéndose al sexo de las víctimas (es decir, a las mujeres) en lugar de al género (que tendría que proteger a las personas en situaciones de subordinación respecto a su pareja independientemente del sexo de ambos). Una ley verdaderamente de género» (vid. también NÚÑEZ CASTAÑO 2009, pp. 12 y s.)

Crítica porque así se desnaturalizaría el enfoque de género DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 313.

⁷⁷ Crítico por ello NÚÑEZ CASTAÑO 2009, p. 11 que considera que no toda la violencia de género se da en el ámbito familiar. Así LARRAURI (2007, p. 98) sostiene «que el tipo penal debería abarcar también, por ejemplo, los malos tratos sobre una trabajadora sexual».

⁷⁸ Vid. críticamente LARRAURI 2007, pp. 49 y s.

(2) La violencia de género pretende destacar una forma específica de violencia que presenta elementos que incrementan adicionalmente su injusto en comparación con el desvalor propio de las relaciones de parentesco y convivencia en las que se inserta. Estos factores son:

(a) La *situación de subordinación o sometimiento*⁷⁹ (en un sentido objetivo y subjetivo). Se adecúa a lo establecido en la LO 1/2004 que, en su art. 1.1, indica que persigue actuar contra la violencia en cuanto «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»⁸⁰. No es una simple agresión ejercida contra las mujeres que se encuentran en un contexto conyugal o asimilado. Se habla de violencia en una situación de dominio (reflejo de una estructura social que establece y justifica esta relación de sometimiento) que no sólo tiene consecuencias en la integridad física y psíquica de la víctima, también alcanza otros bienes jurídicos como la libertad y la integridad moral.

(b) La *mayor vulnerabilidad (fragilidad e indefensión) de la mujer* que se encuentra en una posición subordinada o de sometimiento. El desvalor de la conducta del agresor es mayor porque abusa de esa situación de dominio o superioridad sobre la víctima⁸¹.

(3) La violencia doméstica aparece a efectos penales como un concepto subsidiario y se refiere a las demás relaciones⁸² en las que no concurre dicho plus de desvalor. La particularidad se halla, por consiguiente, en la violencia de género.

El término doméstica, a las vista de las relaciones de convivencia que comprende, puede quedarse un poco corto. Conforme a ello algunos autores mantienen que habría hablar igualmente de una violencia asistencial⁸³.

¿Podemos recurrir a estos dos factores determinantes del desvalor de los tipos relativos a la violencia de género para evitar su aplicación automática⁸⁴?

⁷⁹ Insiste en este aspecto MAQUEDA ABREU 2006b, p. 5; OLAIZOLA 2010, p. 298; VALMAÑA OCHAÍTA 2010, p. 13; FELIP 2011, p. 81.

⁸⁰ Vid. al respecto STC de 59/2008 de 14 de mayo.

⁸¹ Vid. BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 72; CUELLO/CARDENAL 2005, p. 262; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 315;

⁸² Vid. CGPJ 2013, pp. 22 y s.

⁸³ vid. COMAS/QUERALT 2005, p. 1209.

⁸⁴ Vid. en contra del automatismo GÓMEZ NAVAJAS 2004, p. 54; BOLDOVA/RUEDA 2004a, pp. 71 y s.; COMAS/QUERALT 2005, pp. 1210, 1213; LAURENZO COPELLO 2005, pp. 17 y s.; VILLACAMPA ESTIARTE 2007, p. 17; GIMBERNAT 2008, pp. 22 y s.; ALONSO ÁLAMO 2008, pp. 31, 33; JIMÉNEZ/PUCHOL 2009, pp. 54 y ss.; RAMÓN RIBAS 2009, pp. 24 y ss., 36 y s.; CASTELLÓ NICÁS 2009, pp. 65 y s.; PÉREZ MACHÍO 2010, p. 335; QUERALT 2010, pp. 134 y ss.; DE VICENTE 2010, p. 606; VALMAÑA OCHAÍTA 2010, p. 13; ídem 2011a, pp. 58 y ss.; CANCIO MELIÁ 2010, marg. 7449; DE MIRANDA/MARTOS 2011, p. 98; ESCRIBUELA 2011, p. 549.

Vid. SSTS 654/2009 de 8 junio; 1177/2009 de 24 noviembre; SSAP Barcelona 360/2007 de 28 de marzo; Valencia 52/2008 de 29 febrero; Albacete 133/2009 de 2 junio; Murcia 201/2010 de 16 julio; Castellón 253/2011 de 30 mayo; Murcia 126/2011 de 17 de junio.

4.2.2.1. Vulnerabilidad

(1) La vulnerabilidad presenta dos facetas complementarias:

(a) La mayor probabilidad que tiene la mujer de ser víctima de agresiones. Se ha empleado para justificar la necesidad de crear tipos específicos de violencia de género: tutela reforzada de dicho colectivo que, así mismo, debe ayudar a modificar la estructura social machista (función pedagógica del Derecho penal).

(b) La posición de inferioridad de la mujer y el prevalimiento de tal hecho por el agresor.

(2) La vulnerabilidad se puede utilizar para construir el desvalor específico que contienen los tipos de violencia de género y así justificar la creación del art. 153 CP y la diferencia en el marco punitivo de sus dos primeros números. Sin embargo, en lo que atañe al art. 153.1 CP (y también respecto al art. 148.4 CP), la jurisprudencia (y la doctrina) ha resaltado la situación de sometimiento y ha dejado de lado la vulnerabilidad.

Su rechazo se halla en que ello introduce un estereotipo de mujer físicamente inferior⁸⁵, lo que sin duda es una imagen falsa y «malintencionada» (representa a la mujer acorde con el imaginario patriarcal⁸⁶, débil e incapaz de desarrollarse personalmente de forma autónoma, necesitada de protección). La mención a la vulnerabilidad, en los sucesos de violencia de género, no debe referirse a la debilidad de la mujer por su naturaleza.

Ahora bien, se podría construir un concepto de vulnerabilidad por la situación de inferioridad estructural de la mujer como colectivo⁸⁷ o por haber sido colocada en una posición de inferioridad mediante el ejercicio de una estrategia de dominación⁸⁸. De nuevo hay que rechazar la primera como criterio para justificar el desvalor material de los tipos específicos de violencia de género porque impondría un modelo de mujer sometida *en todas las ocasiones*: siempre estaría subordinada y cualquier agresión del hombre implicaría el abuso de esa posición de superioridad. Por tanto, no se podría romper el automatismo.

⁸⁵ Críticamente vid. SSTC 59/2008 de 14 de mayo; 45/2009 de 19 de febrero. Vid. LAURENZO COPELLO 2005, pp. 4 y s.; ídem 2005a, p. 93; ídem 2010, p. 30; FARALDO 2006, p. 82; MAQUEDA ABREU 2006b, pp. 5 y s.; ídem 2010, p. 119; VILLACAMPA ESTIARTE 2007, p. 14; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 301; CGPJ 2013, p. 21.

⁸⁶ LAURENZO COPELLO (2010, p. 30) lo expresa con claridad: transmite una imagen «de fragilidad y debilidad del género femenino que tan bien se acomoda al modelo patriarcal».

⁸⁷ Vid. FARALDO 2006, p. 90, que ve a la mujer desvalida en la relación de pareja por la imposición de roles familiares tradicionales. LAURENZO COPELLO 2006, p. 350, aprecia que la vulnerabilidad es del colectivo (al que pertenece la mujer) que «por condicionamientos histórico culturales, está más expuesto al riesgo de sufrir ataques violentos por parte de quienes, en la estructura social, ocupan la posición de poder»; LARRAURI 2007, p. 123. CGPJ 2013, p. 21: «(...) vulnerabilidad social construida respecto de una *parte de la población* ciertamente numerosa (algo más del 50%), las mujeres, que se encuentran, normalmente, en plenitud de facultades físicas y psíquicas» (cursiva original).

⁸⁸ Vid. ASÚA BATARRITA 2004, p. 203; COMAS/QUERALT 2005, pp. 1207 y s.; LAURENZO COPELLO 2005a, p. 93 y s.; ALONSO/LAMARCA 2008a, p. 1796.

Desde la perspectiva de la vulnerabilidad es la aplicación automática del art. 153.1 CP (y del art. 148.4 CP) la que precisamente implica reconocer que la mujer siempre es vulnerable⁸⁹.

La segunda, en cambio, nos permite adaptarnos a lo que suceda en el caso concreto: se debe fijar si, en el comportamiento analizado, el hombre se ha aprovechado de una vulnerabilidad por sometimiento. De este modo, el desvalor de la conducta se centraría en el *abuso de poder* por parte del victimario en un contexto *concreto* de violencia de género⁹⁰. Cuando no exista dicho prevalimiento no se podría aplicar el art. 153.1 CP⁹¹.

Desde este enfoque se pueden distinguir dos posibles coyunturas:

(i) Si todavía no hay una situación de dominio machista, sino que el agresor pretende crearla, no hay una vulnerabilidad generada por este hecho de la que el autor pueda abusar. No podríamos acudir ni al art. 153.1 ni al art. 148.4 CP, sólo nos quedaría la posibilidad de recurrir a la vulnerabilidad por ser pareja, al abuso de confianza al que se refiere la agravante de parentesco.

(ii) Cuando el agresor pretende mantener o incrementar dicha situación de dominio machista no sólo ocurre que la agredida tiene menor capacidad defensiva porque está sometida, igualmente sucede que es más frágil, tiene una mayor vulnerabilidad física y/o psíquica, como consecuencia del estado de sometimiento y agresión permanente en el que vive⁹². Por consiguiente una conducta requerirá menor capacidad para producir un resultado lesivo del art. 147.1 CP. Por este motivo las conductas podrían ser auténticas lesiones graves o, con todo, desde el momento en que posean dicha capacidad lesiva podrían ser tentativas de los arts. 147 y ss. CP⁹³. Ello refuerza lo observado con anterioridad respecto a las lesiones psíquicas y la tentativas de lesiones (vid. III.A.1 y 2).

(3) La mayor vulnerabilidad de la víctima por su sometimiento es, desde el punto de vista de la justificación material, un criterio que también se puede predicar del resto de relaciones de parentesco y de convivencia englobadas en la violencia doméstica⁹⁴.

Sin embargo, la violencia doméstica se puede referir del mismo modo a una vul-

⁸⁹ Así lo indica el CGPJ 2004, pp. 46 y s., 92, respecto a la aplicación automática del 148.4 CP.

⁹⁰ Vid. COMAS/QUERALT 2005, p. 1210; QUERALT 2010, pp. 134, 138 y ss.

⁹¹ Vid. Circular FGE 4/2005 (p. 71) que indica que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 87.4 ter LOPJ) podrá inadmitir la pretensión cuando considere que los actos no son de violencia de género, lo que tiene lugar, entre otros motivos, «*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*» (cursiva añadida). Vid. en el mismo sentido SAP Albacete 247/2010 de 17 septiembre.

⁹² OSBORNE (2009, p. 106) señala que «los malos tratos no son hechos aislados sino que se suceden a lo largo del tiempo, con las secuelas de miedo crónico y *debilitamiento de la estructura física y psicológica de la mujer que lo padece*» (cursiva añadida).

⁹³ Vid. CORCOY 2006, p. 176.

⁹⁴ Vid. LAURENZO COPELLO 2005a, p. 93.

nerabilidad que no es causada por la situación de dominio sino por la confianza propia de la relación de parentesco o de convivencia entre agresor y víctima.

(4) La vulnerabilidad está presente de forma expresa en el art. 153.1 CP. Asume un papel fundamental en su inciso segundo (y en el art. 148.5 CP⁹⁵) que sitúa como sujeto pasivo a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor⁹⁶. Su inclusión perseguía, en el momento de la redacción, evitar una posible inconstitucionalidad de la norma que, de esta forma, se abriría a todos los sujetos activos y pasivos (insertos en las especiales relaciones de parentesco y convivencia descritas en los números 1 y 2 del art. 153 CP)⁹⁷. En el art. 153.1 CP se sancionan, por tanto, no sólo supuestos de violencia de género. Igualmente se punen con idéntica pena casos de violencia doméstica⁹⁸ cuando haya un abuso de una especial vulnerabilidad por la escasa capacidad de defensa de la víctima.

La especial vulnerabilidad alcanza a aquellas personas con ciertos niveles de vulnerabilidad física⁹⁹ o psíquica¹⁰⁰, con carácter permanente o transitorio. También se suele decir que abarca a las personas cuya vulnerabilidad está determinada por

⁹⁵ El art. 148.3 CP también recoge un supuesto específico de especial vulnerabilidad: víctima menor de 12 años o incapaz. Se podría sostener, por este motivo, que se presumirá la especial vulnerabilidad en el art. 153.1 CP cuando esté dentro de este caso. En contra, MANJÓN-CABEZA 2011, p. 506, que requiere probar la especial vulnerabilidad de los incapaces o menores de 12 años.

⁹⁶ Vid. al respecto PÉREZ MACHÍO 2010, p. 337; DE MIRANDA/MARTOS 2011, p. 95; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 494.

⁹⁷ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 24; SSTC 59/2008 de 14 de mayo; 81/2008 de 17 de julio; 45/2009 de 19 de febrero; 127/2009 de 26 de mayo. Respecto a los arts. 148.3 y 5 CP vid. SSTC 41/2010 de 22 julio; 45/2010 de 28 de julio; 52/2010 de 4 octubre.

Vid. también GONZÁLEZ RUS 2005, p. 487; MONTALBÁN HUERTAS 2005, p. 296; MATA Y MARTÍN 2005, pp. 46 y ss.; GONZÁLEZ PASTOR 2005, p. 60; VILLACAMPA ESTIARTE 2007, p. 7; LARRAURI 2007, p. 86; ACALE SÁNCHEZ 2008, pp. 109 y s.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 313; PÉREZ MACHÍO 2010, p. 339; DE MIRANDA/MARTOS 2011, p. 95.

En contra SUÁREZ-MIRA 2006, p. 1163, que estimaba que una interpretación gramatical del artículo 153.1 CP («cuando la ofendida sea (...) persona especialmente vulnerable») determina que la persona especialmente vulnerable tenga que ser una mujer.

⁹⁸ PÉREZ MACHÍO (2010, pp. 338 y ss.) critica esta equiparación pues ello priva a la violencia de género, de hombre a mujer, de su espacio propio, lo que no tiene sentido si la *ratio legis* era dirigir la atención de la ciudadanía sobre este problema. En el mismo sentido crítico vid. MORILLAS CUEVA 2005, p. 656; ídem 2009: 32; MAQUEDA ABREU 2006b, p. 11; Vid. ALONSO/LAMARCA 2008a, p. 1796; CASTELLÓ NICÁS 2009, p. 63 y s.

⁹⁹ Por enfermedad o discapacidad física, por la edad. MONTALBÁN HUERTAS (2005, pp. 295 y s.) y GONZÁLEZ RUS (2005, p. 495) indican que la finalidad de insertar a las personas especialmente vulnerables era incorporar a los hijos e hijas menores de edad y a ancianos (como ejemplos de vulnerabilidad).

Vid. también REQUERO IBAÑEZ 2004, p. 20; BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 71; Circular FGE 4/2005, pp. 24 y ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ 2009, p. 342; OLMEDO 2009, p. 354.

QUERALT (2010, p. 141) insiste en que esta vulnerabilidad tiene que estar motivada por un estado de postración o por la «incapacidad de autodeterminar su desplazamiento», con independencia de la causa de ello. Planteamiento demasiado restrictivo pues sólo contiene una situación de indefensión mínima de las posibles: impediría su aplicación cuando no haya postración o incapacidad de autodeterminación pero la posibilidad de defensa sea considerablemente reducida (p.e. en el caso de los menores).

¹⁰⁰ Lo que se suele vincular con una enfermedad, trastorno mental y otros supuestos de incapacidad, y con la privación de sentido vid. SAP Madrid 23/2007 de 27 septiembre. Vid. MONTALBÁN HUERTAS 2005, pp. 299.

las circunstancias y el contexto en el que viven¹⁰¹ (carácter irregular de su residencia en España, falta de recursos económicos, etc.¹⁰²). Ahora bien, ¿se podría incluir la vulnerabilidad generada por un estado de prolongada dominación y sometimiento? ¿No se podría decir que un sujeto es «especialmente» vulnerable, que puede tener una capacidad de defensa mínima, cuando está en un contexto de dominio y sometimiento, en el entorno de la pareja o fuera del mismo? Si la respuesta es afirmativa (creo que debe serlo) se daría entrada mediante la especial vulnerabilidad a un concepto más amplio de la violencia de género en el que no es relevante el sexo de víctima y agresor si no el sometimiento y los efectos que tiene¹⁰³.

De este modo la violencia doméstica quedaría reducida al abuso de la vulnerabilidad que tiene su origen en la confianza derivada de la relación de parentesco o convivencia.

4.2.2.2. Sometimiento machista

(1) La mayoría de la doctrina exige la presencia de una situación de sometimiento machista para acabar con el automatismo de la aplicación de los tipos asociados con la violencia de género. ¿Es un planteamiento incompatible con la vulnerabilidad? Todo lo contrario, existe una conexión: el contexto de dominio y la voluntad de someter por parte del hombre es la base sobre la que habría que constatar posteriormente la posición de inferioridad en que se encuentra la mujer y el prevalimiento de ello por parte del hombre¹⁰⁴. La diferencia con lo indicado anteriormente es que ahora sólo se demanda que las lesiones sucedan en un contexto de sometimiento, no se requiere analizar si hubo un abuso de esa situación.

(2) Resulta más coherente con la finalidad político criminal del art. 153.1 CP sancionar por este tipo únicamente cuando haya una efectiva situación de sometimiento.

(i) No hacerlo así supone dejar en un segundo plano la identificación de lo que caracteriza a la violencia de género y se quiere erradicar: la *subordinación o sometimiento machista*.

¹⁰¹ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 26 que habla de prevalimiento de una situación de vulnerabilidad: «reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de *naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre)*» (cursiva añadida). Vid. también SAP Madrid 23/2007 de 27 septiembre; DE MIRANDA/MARTOS 2011, p. 95; ESCRHUELA 2011, p. 550.

¹⁰² Ejemplos tomados de ACALE SÁNCHEZ 2008, p. 110. A favor GONZÁLEZ RUS 2005, p. 487; SUÁREZ-MIRA 2006, p. 1161. En contra de fundamentar la especial vulnerabilidad sobre una base coyuntural, ARÁNGUEZ 2005, p. 17.

¹⁰³ Vid. SAP Castellón 253/2011 de 30 mayo: «la nota de especial vulnerabilidad viene a ser plasmación de esa exigencia de concurrencia de la situación de dominación o de poder del sujeto activo sobre sujeto pasivo propia de la violencia de género y de la violencia doméstica».

¹⁰⁴ Vid. esta conexión en LARRAURI 2007, p. 125.

(ii) Por otro lado implicaría confundir la violencia de género con los conflictos de pareja en los que la víctima sea una mujer¹⁰⁵.

¿Se agrade siempre en pareja para controlar y dominar? Pueden darse otras clases de violencia. JOHNSON (2005, p. 1127¹⁰⁶) diferencia entre: terrorismo íntimo (violencia para obtener el control en la pareja); resistencia violenta (respuesta al terrorismo íntimo); violencia situacional en la pareja (no hay poder o control sino el escalamiento de un conflicto).

(3) Acorde con esta exigencia de ruptura del automatismo no toda violencia contra la mujer proveniente de su pareja (presente o pasada) será de género.

(i) Debe concurrir un *contexto de dominio machista*. Sólo se podrá imponer el art. 153.1 CP cuando la agresión, no constitutiva de delito según la regla general del art. 147.1 CP, sea realizada por el agresor en un contexto criminológico de dominio y sometimiento de su pareja (presente o pasada)¹⁰⁷.

(ii) Tiene que haber un *ánimo de dominio y sometimiento de la mujer*. No será posible sancionar el comportamiento por el art. 153.1 CP cuando el agresor no persiga crear y/o mantener dicha una situación de dominio y sometimiento de su pareja (presente o pasada)¹⁰⁸.

(4) Estos requisitos tanto en su versión objetiva como en la subjetiva no son recogidos por el art. 153 CP o el art. 148.4 CP¹⁰⁹. Tal y como he advertido *ambos*

¹⁰⁵ Vid. críticamente COLL-PLANAS/GARCÍA-ROMERAL/MAÑAS/NAVARRO-VARAS 2008, pp. 196 y s.

¹⁰⁶ Vid. también LARRAURI 2007, p. 45. SUBIJANA 2010, p. 5 distingue tres tipos de violencia: «La violencia como medio elegido por un miembro de la relación de pareja para subyugar y controlar al otro. Es la violencia de dominio. La violencia que en un momento específico un miembro de la pareja emplea sobre el otro en el curso de un conflicto de pareja. Es la violencia coyuntural. La violencia que ambos integrantes de la pareja utilizan, el uno contra el otro, en el seno de una controversia de pareja. Es la violencia cruzada o recíproca».

¹⁰⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS 2005, p. 500; FUENTES SORIANO 2005, p. 1165; MAQUEDA ABREU 2006a, p. 179; OLAIZOLA 2010, pp. 298 y s.; LARRAURI 2007, p. 133; ídem 2009, p. 14; PÉREZ MACHÍO 2010, p. 354; ANARTE 2010, p. 152; CANCIO MELIA 2010, marg. 7449; VALMAÑA OCHAÍTA 2011a, p. 58; ESCRIBUELA 2011, p. 549.

Vid. SSTS 654/2009 de 8 junio; 1177/2009 de 24 noviembre; SSAP Zaragoza 447/2007 de 19 de diciembre; Valencia 221/2007 de 10 de julio; SAP Barcelona núm. 805/2008 de 22 de julio de 2008; Castellón 253/2011 de 30 mayo; Murcia 201/2010 de 16 julio.

¹⁰⁸ Exigen una motivación machista del agresor: SSTS 58/2008 de 25 enero; 1177/2009 de 24 noviembre; SSAP Valencia 52/2008 de 29 febrero; Albacete 133/2009 de 2 junio; Murcia 201/2010 de 16 julio; Albacete 247/2010 de 17 septiembre; Murcia 126/2011 de 17 de junio. Lo exige VILLACAMPA ESTIARTE 2007, p. 14; ANARTE 2010, p. 152.

¹⁰⁹ Insisten en ello ARÁNGUEZ 2005, p. 25; JIMÉNEZ/PUCHOL 2009, p. 51; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 315; NUÑEZ FERNÁNDEZ 2010, p. 216; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 494. Vid. también respecto a la falta de introducción de estos requisitos en la LO 1/2004 MENDOZA CALDERÓN 2005, p. 36; DE PAÚL VELASCO 2010, pp. 236.

Lo que finalmente lleva al CGPJ (2013, p. 43) a indicar «que **no es necesario** que producida cada una de aquellas conductas deba indagarse acerca de si las mismas representan o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder y, menos todavía exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer» (negrita original).

resultan de una interpretación de los tipos citados conforme a lo establecido en el art. 1.1. de la LO 1/2004.

(5) Los que defienden evitar el automatismo discuten, empero, si el sujeto debe tener un *ánimo de sometimiento de la mujer*¹¹⁰. Lo interesante es que el rechazo del requisito subjetivo se sustenta igualmente en la LO 1/2004. Esta no incluyó en su texto definitivo una referencia a la intencionalidad de uso de la violencia «como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombre sobre las mujeres», que sí aparecía en el Anteproyecto de junio 2004¹¹¹ en su art. 1.2. Su eliminación se debía, entre otros motivos, a la dificultad probatoria de esta finalidad, lo que se temía que condujera, si se quería utilizar el tipo, a la presunción de que las agresiones contra las mujeres se realizan siempre con esa intención¹¹². Con todo, su desaparición del texto parecer dar a entender que el legislador decidió concentrarse únicamente en el aspecto objetivo de la violencia de género¹¹³. A pesar de ello hay situaciones en las que no podemos prescindir del elemento subjetivo. Se pueden distinguir dos momentos en la agresión: la efectuada dentro de un contexto de dominio y sometimiento ya existente y la realizada para crearlo.

(a) Cuando hay un ambiente de dominio machista lo importante es que el sujeto, con conocimiento de esa coyuntura, practique una agresión voluntaria. No se debe requerir, en cambio, un elemento subjetivo adicional de sometimiento o de perpetuación de la situación.

(b) Si se pretende intervenir penalmente en una fase previa a la producción de ese contexto, el aspecto subjetivo, como elemento trascendente, sería relevante: se sanciona que el autor persiga, con su conducta, dominar y someter a la mujer (lo

¹¹⁰ En contra de demandar un elemento subjetivo: SSAP Barcelona 154/2007 de 13 de febrero; Vizcaya 299/2007 de 26 de abril; Madrid 477/2007 de 18 de junio; Santa Cruz de Tenerife 10/2012 de 12 enero. Vid. Circular FGE 4/2005, pp. 19 y s.; LAURENZO COPELLO 2006, pp. 350 y s. Vid. también ARÁNGUEZ 2005, p. 25; LARRAURI 2007, pp. 100 y s.; ídem 2009, p. 14; OLMEDO 2009, p. 354; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 315; DE PAÚL VELASCO 2010, pp. 236 y ss.

Sobre la convivencia en la jurisprudencia de las AA.PP. de interpretaciones a favor y en contra de un requisito subjetivo específico en los tipos relativos a la violencia de género vid. «Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales» (CGPJ 2009, pp. 40 y ss., 103). Este trabajo señala (respecto a las sentencias sobre violencia de género dictadas por las Audiencias provinciales en el periodo que va desde el 1 de enero de 2007 al 31 de marzo de 2008) que sólo en un 17% de las sentencias estudiadas se ha analizado si debe concurrir un elemento finalístico en los delitos de violencia de género y en estas un 66% «se han decantado por entender que el artículo 1 de la Ley Integral define un elemento subjetivo en los delitos de violencia de género» (CGPJ 2009, p. 103).

¹¹¹ «Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer».

El voto particular al Informe del CGPJ, de 24 de junio de 2004, sobre el «Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer» consideraba necesaria la introducción de un requisito subjetivo («con el propósito de favorecer la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres») en los delitos de lesiones creados (así como en los de amenazas y coacciones), vid. CGPJ 2004a, pp. 35 y ss.

¹¹² Vid. CGPJ 2004, pp. 29 y ss.; MONTALBÁN HUERTAS 2005, pp. 287 y ss.; LAURENZO COPELLO 2006, pp. 350 y s.

¹¹³ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 21.

que todavía no acontece)¹¹⁴. No obstante, el problema reside en cómo probar esta intención. Se podría presuponer que concurre siempre que haya una agresión de un hombre a una mujer (con una relación de pareja actual o pasada), a no ser que se pruebe lo contrario. Solución que nos devuelve al automatismo y que confirma los temores del CGPJ. Si se acudiera, por el contrario, a la existencia de otros indicios, ello podría determinar, ya objetivamente, la presencia de una situación de sometimiento machista, de modo que la exigencia subjetiva (de voluntad de creación) sería innecesaria.

En definitiva, la renuncia al elemento subjetivo se justifica por la dificultad probatoria: o no se puede demostrar o se utilizan presunciones. En primer lugar se puede considerar que el agresor tiene esta voluntad cuando concurre la situación de dominio machista, que así se convierte en el requisito único y suficiente. El problema es que sin esta intención no podemos sancionar las conductas que pretenden crear ese contexto de dominio. Surge entonces el riesgo de que se use una segunda presunción: el ánimo está presente en cualquier ataque de un hombre a una mujer (que es o ha sido su pareja).

Se podría transformar este elemento subjetivo en un ánimo de discriminar por razón de sexo¹¹⁵. Aspecto que está presente en toda la discusión sobre la violencia de género como manifestación de la desigualdad estructural y como justificación del recurso al Derecho penal para superarla¹¹⁶. Sin embargo esta solución se enfrenta a los mismos problemas: o se presume la intención en la agresión de hombre a mujer o su dificultad probatoria limitará la aplicación del tipo¹¹⁷.

(6) Cuando no esté presente este contexto y/o este elemento subjetivo (si se exigiera) el varón no podrá ser sancionado por el art. 153.1 CP. Pero tampoco se podrá acudir al art. 153.2 CP: el segundo número excluye expresamente las agresiones de hombre a mujer (pareja o ex-pareja).

4.2.3. Problemas de la ruptura del automatismo

¿Qué dificultades arroja la interpretación descrita? Recordemos dónde hemos dejado la reflexión: hay una agresión que no es una forma de lesión según el art. 147 CP. Si se produce de hombre a mujer (que son o han sido pareja) sin un contexto de violencia de género no se sancionará por el art. 153.1 CP sino como una falta del art. 617 CP; pero si, en cambio, se produce de mujer a hombre con una

¹¹⁴ Vid. SAP Tarragona 197/2012 de 30 abril que sostiene que el delito de maltrato del art. 153 «correspondería a la tipología de delitos de tendencia interna intensificada» (FJ 1).

¹¹⁵ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 315; ESCRIBUELA 2011, p. 549. En concreto BOLDOVA/RUEDA (2004a, pp. 72 y s.) consideran que el contexto de dominio y sometimiento es insuficiente (todos los ataques, tanto de hombre a mujer como de mujer a hombre o a mujer tiene en común esta situación de dominio y control). Se requiere, adicionalmente, *un contexto discriminatorio por razón de sexo* (el de la mujer), y una voluntad del sujeto activo en tal sentido.

¹¹⁶ Vid. LAURENZO COPELLO 2005, p. 21; ídem 2010, pp. 24 y ss.

¹¹⁷ Así LARRAURI 2007, pp. 129 y ss.

relación de parentesco o especial convivencia no será una falta sino un delito por la vía del art. 153.2 CP que está previsto con exclusión de los sujetos recogidos en el número 1. Así en una riña mutua entre hombre y mujer, que son pareja y sin haber violencia de género, la agresión que sufre la mujer se sancionará por el art. 617 CP y la que sufre el hombre por el art. 153.2¹¹⁸. En consecuencia, alejarse del automatismo de la aplicación del primer número del art. 153 CP y mantenerlo en el segundo genera una desigualdad en el nivel de protección de los sujetos, contrario al sentido de la norma.

(1) ¿Cómo solucionar esta paradoja? Se buscará una forma para equilibrar el marco punitivo previsto para a ambos sujetos. Una posibilidad sería recurrir al tipo atenuado previsto en el art. 153.4 CP (reducción en un grado respecto al art. 153.2 CP)¹¹⁹. De esta manera la sanción privativa de libertad de la mujer podría bajar un grado hasta el mes y medio (1,5 a 3 meses¹²⁰). Al estar por debajo de los tres meses se producirá la sustitución obligatoria (art. 71.2 CP) quedando un marco de 1,5 a 3 meses de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad o de 3 a 6 meses de multa (art. 88.1 CP). Sin embargo, la desproporción sigue siendo evidente ya que al hombre, sancionado por el art. 617 CP, sólo se le podrá imponer (si hay una lesión no definida como delito) una pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de 1 a 2 meses.

Esto obliga a plantear una segunda ruptura del automatismo, pero ahora del art. 153.2 CP: para evitar sancionar de forma más grave a la mujer cuando no exista una situación de dominio machista en una pareja. ¿Cómo hacerlo? Sigamos una posible secuencia.

(a) ¿Hay una aplicación automática del art. 153.2 CP cuándo se considere probada la relación de parentesco o de convivencia?

El tipo no contiene ninguna condición. Por tanto sería una solución posible su empleo automático cuando se aprecie la relación exigida¹²¹. El problema se halla en que genera la paradoja recién descrita cuando hay una agresión mutua.

(b) Una primera solución sería afirmar que la ausencia de una situación de dominio machista no sólo impide emplear el art. 153.1 CP, también lo hace respecto al 153.2 CP porque representaría una desproporción contraria al espíritu de la LO

¹¹⁸ Resulta irónico (como indica LARRAURI 2009, p. 15) pero a ello nos conduce la lectura de los tipos. Vid. al respecto BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 73; DE PAÚL VELASCO 2010, p. 238; VALMAÑA OCHAÍTA 2010, p. 13; ídem 2011: 58; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 510. SSAP Barcelona 790/2007 de 12 septiembre; Valencia 52/2008 de 29 febrero.

¹¹⁹ El tipo atenuado también se usa cuando el art. 153.1 CP se impone de forma automática pero hay una ausencia de la situación de dominio machista (vid. SAP Guipúzcoa núm. 1/2012 de 2 enero). Vid. críticamente contra el uso del art. 153.4 CP cuando no concurre el contexto de violencia de género MANJÓN-CABEZA 2011, p. 515 (lo correcto sería, expone con razón, dejar de aplicar los tipos especiales creados por este motivo).

¹²⁰ No la podríamos degradar a falta (art. 71.1 CP)

¹²¹ Vid. un ejemplo de aplicación automática del art. 153.2 CP en SAP Madrid 477/2007 de 18 de junio.

1/2004¹²². De esta forma ambos comportamientos se sancionarían como una falta. El contexto machista se convierte así en condición objetiva de punibilidad de la aplicación del art. 153.2 CP. Esto sugiere una cuestión todavía más sorprendente: si en una agresión mutua no hay un contexto machista, es decir, no hay violencia de género, ¿por qué no se puede sancionar la específica violencia doméstica? Si esta existiera, la renuncia a utilizar el tipo privilegiaría a la parte agresora. La duda que surge es evidente: ¿cuándo hay violencia doméstica?

Me llama la atención que este debate únicamente se plantee cuando hay unas agresiones mutuas. Es cierto que cuando ello acontece la desigual subsunción típica que se produce nos obliga a encontrar un arreglo. Pero no hay que perder de vista que lo absurdo de la coyuntura se debe a la aplicación automática del art. 153 CP. Si se ha buscado una base material para romper este automatismo respecto al primer número, parece lógico que se deba hacer lo mismo en lo que afecta al segundo.

(c) Se podría solventar esta crítica demandando que la violencia doméstica se caracterice por un contexto de dominio y sometimiento similar al machista¹²³.

Requisito que a veces se completa con la indicación de que todos los sujetos descritos en el art. 153 CP se unifican en torno al bien jurídico «paz familiar»¹²⁴.

De esta forma se evitaría el automatismo. Ahora bien, la coyuntura anteriormente descrita, en la que el hombre es sancionado por una falta y la mujer por un delito, podría persistir. Pero con esta argumentación no siempre acontecerá y cuando lo haga quedará perfectamente explicada por la base material del injusto de cada tipo. Esto es, si el hombre está inmerso en una situación de dominio de la que es víctima, su agresión no podrá ser sancionada por el art. 153.1 CP: imputar al hombre por la falta y a la mujer por el art. 153.2 CP no sería en absoluto paradójico, en cuanto la agresión de esta última tendría un desvalor superior.

Así mismo, esta explicación nos deja frente a una difícil cuestión: ¿cómo justificar entonces, al exigirse una situación de dominio en los art. 153.1 y 2 CP, el diferente marco punitivo entre ellos?

(d) Se debe buscar otra base material para romper el automatismo del art. 153.2 CP acorde con este hecho. Se puede mantener que el art. 153.2 CP está vinculado con un contexto de indefensión de manera que no será aplicable cuando en el caso

¹²² Vid. STS 654/2009 de 8 junio que deja de imponer el art. 153.2 CP porque no se puede emplear el art. 153.1 CP al no existir un contexto machista porque sería un contrasentido. Vid. también SSAP Valencia 52/2008 de 29 febrero; Barcelona núm. 805/2008 de 22 de julio de 2008; Murcia 201/2010 de 16 julio; Albacete 247/2010 de 17 septiembre; Burgos 159/2013 de 9 abril.

¹²³ Vid. AAP Castellón 282/2006 de 12 julio; SAP Castellón 253/2011 de 30 mayo (en ambas se hace coincidir violencia doméstica con violencia de género, con la única diferencia del sujeto activo y pasivo). Todavía más claro en SAP Barcelona 953/2011 de 21 noviembre; Barcelona núm. 88/2012 de 14 febrero.

CRUZ MÁRQUEZ (2010, p. 102) apunta que la violencia machista puede acontecer en las relaciones de pareja o en el resto de relaciones del entorno familiar o doméstico.

Plantea que esta solución sería contraria al sentido de la Ley Integral DE PAÚL VELASCO 2010, p. 239.

¹²⁴ Vid. SSAP Guadalajara 52/2011 de 20 mayo; Barcelona 953/2011 de 21 noviembre.

concreto no haya un abuso de confianza (como se demanda en el parentesco) o de superioridad. Si no está presente este prevalimiento se recurrirá al art. 617 CP.

Hay una paradoja que subsiste: el hombre que agrede a su pareja, mujer, fuera de un contexto de dominio machista pero abusando de la confianza obtenida por la relación de parentesco, sólo podrá ser sancionado por una falta del art. 617 CP (porque su conducta no tendría cabida en el art. 153.2 CP).

TABLA 2. Propuestas de subsunción en los casos de riña mutua en pareja sin concurrir contexto de violencia de género

	APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE AMBOS TIPOS (A)		RUPTURA AUTOMATISMO 153.1 (B)	RUPTURA AUTOMATISMO AMBOS TIPOS (C)
HOMBRE A MUJER	(1) 153.1	(2) 153.4 (por no concurrir contexto violencia género)	(3) 617 (por no concurrir contexto violencia género)	(4) 617 (por no concurrir contexto violencia género)
MUJER A HOMBRE	(a) 153.2	(b) 153.4 (porque no se puede aplicar el art. 153.1 CP; porque no concurre un contexto de dominio; porque no hay abuso de situación de confianza vinculada con el parentesco)	(c) 153.2	(d) 153.4 (porque no se puede aplicar el art. 153.1 CP; porque no concurre un contexto de dominio; porque no hay abuso de situación de confianza vinculada con el parentesco)
				(e) 617 (porque no se puede aplicar el art. 153.1 CP; porque no concurre un contexto de dominio; porque no hay abuso de situación de confianza vinculada con el parentesco o la convivencia o de superioridad)

Fuente: elaboración propia ¹²⁵

La salida de este dilema no se hace esperar: habrá que volver al automatismo de la aplicación del art. 153.1 CP.

(2) La vuelta al automatismo debe venir escoltada por una justificación de la diferencia en los marcos punitivos si no se quiere volver a replantear todo el debate sobre la infracción de los principios de igualdad y culpabilidad. ¿Cómo hacerlo? Podemos insistir en la razón que estaba detrás de la aplicación automática de los tipos de violencia de género: toda la violencia contra la mujer, a la vista de la situación de desigualdad estructural y patriarcal que domina nuestra sociedad, es violencia de género, no hay momentos en los que simplemente sea víctima de una lesión por otros motivos¹²⁶. De esta forma lo ha entendido el legislador: la

¹²⁵ Soluciones que son combinables entre sí en cada uno de los grupos señalados: A [(1 – a), (2 – a), (1 – b), (2 – b)], B [(3 – c), (3 – d)], C (4 – e).

¹²⁶ Así la circular FGE 4/2005, p. 20: «la Ley [LO 1/2004] opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor». Vid. también Voto particular Sr. Magistrado D. Julián Sánchez Melgar a la STS 1177/2009 de 24 noviembre; SSAP Vizcaya 299/2007 de

ausencia de requisitos materiales en el art. 153 CP¹²⁷ confirma que ha recogido esta presunción.

Esta interpretación permite la aplicación automática del tipo cuando la agredida ha sido una mujer porque se presume que *siempre* concurre la realidad criminológica demandada (en su plano objetivo y subjetivo) cuando hay un ataque de un hombre a su mujer, novia o compañera (actual o pasada)¹²⁸.

Volvemos al principio. Con el automatismo, la ausencia del contexto de dominio sólo admitirá la atenuante del 153.4 CP [soluciones A (2) de la tabla 2]¹²⁹.

Este retorno al automatismo mediante esta presunción tendría tres consecuencias indeseadas:

(i) Se podrían condenar supuestos en los que, en el caso concreto, no hay una relación de dominio machista: motivos distintos y no analizados son los que han determinado la agresión¹³⁰.

(ii) Al final se rompe la justificación material de la diferencia de los marcos punitivos del apartado 1 y 2 del art. 153 CP. Resurge la cuestión sobre la infracción del principio de igualdad: si el tipo se impone de forma automática cuando la lesión no es constitutiva de delito (según lo descrito en el art. 147.1 CP) y existe la relación descrita sin comprobar si hay un dominio machista, la única diferencia entre los dos números es el sexo masculino del agresor¹³¹.

(iii) En suma, si la situación de dominio y sometimiento machista se considera presente en todos los casos parece que cualquier hombre es responsable de la estructura social machista que se manifiesta en cada agresión a una mujer. El automatismo supone por ello una infracción del principio de culpabilidad¹³².

Automatismo que también acumula críticas en plano procesal. Existen sentencias que

26 de abril; Alicante 690/2007 de 30 de octubre; Santa Cruz de Tenerife 10/2012 de 12 enero; CGPJ 2013, pp. 42 y ss.

Vid. críticamente MATA Y MARTÍN 2005, p. 45; MANJÓN-CABEZA 2011, pp. 517, 527 y s.

¹²⁷ Vid. SSAP Madrid núm. 217/2011 de 3 marzo; Madrid 1253/2012 de 5 diciembre («por decisión de legislador, las agresiones que se producen en la forma descrita en el artículo 153 (...) constituyen una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que son las (causas y) consecuencias o efectos de las conductas típicas, que la ley (de protección integral contra la violencia de género) pretende combatir, conforme queda enunciado en su artículo 1», FJ 1).

¹²⁸ Si bien el «Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales» (CGPJ 2009, p. 103) señala que en estos casos, y a pesar de la presunción, se suele admitir prueba en contra.

¹²⁹ Vid. SSAP Madrid núm. 217/2011 de 3 marzo; Madrid 1253/2012 de 5 diciembre.

¹³⁰ Vid. MANJÓN-CABEZA 2011, p. 519.

¹³¹ Vid. críticamente en este sentido GIMBERNAT 2008, p. 23.

¹³² ACALE SÁNCHEZ 2008: 121 mantiene que la creación de un bien jurídico colectivo de género femenino, lesionado por cualquier violencia que provenga de un hombre, implica que «(...) se le hará responder [scil. al hombre] por todas las culpas del género masculino que ha sometido durante años al género femenino, a modo de una especie de responsabilidad de carácter objetivo puramente moralizante y ejemplificadora, que sólo encontraría respuesta en el marco de un Derecho penal basado en las características de un autor –hombre– que pertenece al género que ha subyugado a otro». Vid. también GIMBERNAT 2008, p. 24 (que habla en esta coyuntura de la responsabilidad por la estirpe o *Sippenhaftung*); SUBIJANA 2010, p. 9.

destacan que la presunción del contexto de dominación machista atenta contra el art. 87ter.4 LOPJ¹³³. Este precepto permite al juez inadmitir la pretensión cuando aprecie, de forma notoria, que los actos no son expresión de violencia de género¹³⁴. La remitirá al órgano judicial competente (es decir, al juez ordinario que no podrá acudir a la normativa de violencia de género o violencia doméstica)¹³⁵.

B. Régimen de aplicación cuando la conducta es constitutiva de delito de lesiones en sentido estricto

Si nuestra clienta afirmara, en cambio, que el comportamiento efectuado produjo un resultado lesivo doloso¹³⁶ que satisface los requisitos del art. 147.1 CP, el debate se alejaría del art. 153 CP. Aunque es una conclusión evidente ya que este precepto advierte que sólo se impondrá cuando el menoscabo psíquico o la lesión no estén definidos como delito por el CP, existe un riesgo de subsunción errónea: la que se produce cuando se sostiene que la violencia doméstica y de género se debe resolver, en todos los casos, por el art. 153 CP. Ello tendría un efecto disparatado cuando hay una lesión delictiva: este artículo se convertiría en un tipo privilegiado respecto a las figuras pertinentes (arts. 147 y ss. CP).

1. ¿La lesión requirió tratamiento médico o quirúrgico? Lesión del art. 147.1 CP, aplicación del art. 148 CP

(1) La regla general, cuando la agresión se pueda considerar una lesión delictiva, será subsumir la conducta dentro del art. 147.1 CP. Ahora bien, existe la *posibilidad* de sancionar las lesiones del art. 147.1 CP con la pena de prisión de 2 a 5 años cuando concorra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 148 CP, que le añaden un desvalor adicional respecto al tipo básico.

(1) Medios peligrosos: utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica, del lesionado.

(2) Lesión producida con ensañamiento o alevosía.

(3) A una víctima menor de 12 años o incapaz.

(4) A esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

(5) A persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El apartado 4 incorpora el elemento relativo a la violencia de género. De nuevo

¹³³ Vid. SSAP Valencia 52/2008 de 29 febrero; Albacete 133/2009 de 2 junio.

¹³⁴ Vid. al respecto MANJÓN-CABEZA 2011, p. 519.

¹³⁵ Vid. MANJÓN-CABEZA 2011, p. 520.

¹³⁶ La práctica de una lesión imprudente de los arts. 147.1, 149 y 150 CP podría ir acompañada de la referencia al parentesco mediante la circunstancia genérica. Ahora bien, tal hecho no conducirá a la aplicación de las reglas del art. 66.1 CP (por indicación expresa del art. 66.2 CP) para los delitos imprudentes (el juez impondrá la pena a su prudente arbitrio). Del mismo modo en la lesión por imprudencia grave del art. 147.2 CP, sancionada como falta por el art. 621 CP, el juez, aunque puede tener en cuenta el parentesco, no está sometido a las reglas del art. 66 CP (vid. art. 638 CP).

apunta que la víctima debe ser mujer, pareja o ex-pareja, del victimario. De este modo se excluye la agresión a un hombre en un ámbito de pareja practicada por hombre o por mujer. Dicho de otro modo: las conductas encuadrables en el art. 153.1 CP, cuando la lesión es delictiva, se podrán sancionar por la vía del art. 148.4 CP. Y se reproduce toda la discusión ya tratada sobre si sólo se demanda la relación de pareja (presente o pasada), si se exige un contexto criminológico de dominio y sometimiento machista y un ánimo de sometimiento, si se mantiene que este contexto siempre está presente. No obstante, la referencia al carácter no obligatorio de la imposición del tipo agravado (art. 148 CP)¹³⁷ se ha valorado como un factor que insistía en la necesidad de que hubiera algo más que una relación de pareja: el caso concreto debía ser materialmente un supuesto de violencia de género.

Su carácter no obligatorio permite igualmente dejar de aplicar el tipo agravado incluso cuando hay violencia de género: el juzgador puede decidir no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, la conducta no tuviera suficiente gravedad respecto a la integridad personal¹³⁸.

(2) Si se decide no utilizar el tipo agravado, concurriendo una situación de violencia de género, se sancionará por la vía del art. 147.1 CP con la agravante de parentesco¹³⁹. Desde mi punto de vista esta agravante genérica tiene en cuenta la especial relación de parentesco con la víctima pero no comprende el atentado específico contra la integridad moral que posee la violencia de género. Si se impone el art. 173.2 CP en concurso, como luego indicaré, esta cuestión queda resuelta. Si no fuera así el contexto objetivo de violencia de género manifiesta una discriminación por razón de sexo que permitiría añadir la agravante genérica del art. 22.4 CP¹⁴⁰.

Debo recordar que la LO 1/2004 recoge una concepción de la violencia de género como una violencia estructural, expresión de la desigualdad y una forma de discriminación. Este aspecto discriminatorio viene recogido por la integridad moral.

(3) Las agresiones contra las personas que se encuadran en el art. 153.2 CP, cuando den lugar a lesiones delictivas, serán sancionables por el art. 147.1 CP (a lo que se añade el art. 23 CP si tuvieran una relación de parentesco y convivieran). A no ser que se pueda considerar que el sujeto pasivo es una persona especialmente vulnerable o un incapaz o menor (de 12 años). También estos supuestos, recogidos

¹³⁷ Vid. Circular FGE 4/2005, p. 31.

¹³⁸ Vid. SSTC 41/2010 de 22 de julio; 45/2010 de 28 de julio; 52/2010 de 4 octubre; TAMARIT 2011, p. 114.

¹³⁹ Así Circular FGE 4/2003, p. 8; SAP Las Palmas 347/2009 de 19 octubre; OLMEDO 2005, p. 668; CGPJ 2009, pp. 58 y s.

¹⁴⁰ Y de manera similar a como sucedía con el fundamento material de la violencia de género se replantea el debate sobre si se debe exigir un ánimo discriminatorio o si basta la situación objetiva discriminatoria.

por el art. 153.1 CP¹⁴¹, tienen su agravación en el art. 148 CP, en sus puntos quinto y tercero, respectivamente.

Ahora bien, si se sostiene que el art. 148.3 CP es una situación de especial vulnerabilidad será incompatible con el art. 148.5 CP¹⁴².

Las circunstancias de especial vulnerabilidad (arts. 148.3 y 5 CP) resultan, así mismo, incompatibles con la agravante de parentesco, que, como he indicado, se basa en el prevalimiento de la mayor indefensión de la víctima¹⁴³.

No obstante hay sentencias que admiten la concurrencia del art. 148.5 CP con la agravante de parentesco¹⁴⁴. Conforme con esta lógica la aplicación del art. 153.1 CP por especial vulnerabilidad exigiría la agravación por parentesco.

Incompatibilidad por inherencia que se plantea igualmente respecto a la alevosía.

(4) ¿Cómo solventar la confluencia entre el art. 148.4 CP (o el art. 148.3 o 5 CP) y alguna otra circunstancia agravante del art. 148 CP no abarcada por el principio de inherencia? Este artículo no prevé un criterio de solución¹⁴⁵.

(a) Para incluir todo el desvalor tendríamos que sancionar, si se agrede con un instrumento peligroso a la mujer en un contexto de violencia de género, por el art. 148.1 CP + la agravante genérica de parentesco¹⁴⁶.

Se llega al mismo resultado cuando, aunque se emplea un medio peligroso, no se ha producido lesión alguna: se tendría que sancionar por la tentativa del art. 148.1 CP + la agravante de parentesco.

Solución que, al no recoger el aspecto específico de la violencia de género, debería haber añadido la agravante del art. 22.4 CP si no fuera de aplicación el art. 173.2 CP.

Con todo, se propone esta alternativa porque, como no existe una agravante genérica por el medio peligroso utilizado, hay que usar siempre el art. 148.1 CP¹⁴⁷. Si, en cambio, hubiera ensañamiento, parecería más adecuado recurrir al art. 148.4 CP

¹⁴¹ La escasa edad del menor y la incapacidad como supuesto de especial vulnerabilidad.

¹⁴² Vid. MANJÓN-CABEZA 2011, p. 506.

¹⁴³ Vid. SAP Albacete núm. 11/2010 de 9 marzo.

¹⁴⁴ Vid. STS 910/2010 de 22 octubre, que mantiene que su no aplicación implicaría no tener en cuenta los «lazos de sangre» existentes. Así planteado parece que la compatibilidad se basa en una fundamentación de la agravante de parentesco como infracción del deber de respeto asociado a tal hecho. No obstante, también se puede defender, desde mi punto de vista no acertadamente, la posibilidad de su concurrencia con el parentesco entendido como abuso de confianza: cuando se crea un estado de indefensión no vinculado con el parentesco o se incrementa adicionalmente la indefensión del sujeto. Por ejemplo, cuando el hijo ataca a su madre aprovechándose de la relación de confianza derivada del parentesco y además lo hace por la espalda o abusando de su situación de especial vulnerabilidad. Desde este enfoque la compatibilidad se podría igualmente afirmar en la relación entre la alevosía y el 148.4 CP.

¹⁴⁵ Sobre la discusión vid. FGE 6/2011, pp. 75 y ss.

¹⁴⁶ Vid. SSTS 103/2007 de 16 de febrero; 113/2008 de 31 de enero; SSAP Valencia 107/2011 de 21 febrero; Asturias núm. 44/2011 de 22 febrero; Circular FGE 6/2011, p. 78.

¹⁴⁷ Que de este modo concurriría igualmente con las agravantes genéricas de alevosía o ensañamiento, vid. Circular FGE 6/2011, p. 78.

que contiene la especificidad de la violencia de género junto con la existente agravante genérica de ensañamiento.

(b) También se encuentran soluciones que simplemente considera concurrentes todas las agravantes¹⁴⁸, mientras que la relevancia penal de este hecho aparece al determinar judicialmente la pena¹⁴⁹. Pero en este caso, al no ser de aplicación obligatoria el art. 66.1.3 CP podría determinarse la pena dentro de todo su marco¹⁵⁰.

(5) En resumen, nos encontramos, cuando el comportamiento ha provocado una lesión delictiva, ante tres situaciones posibles (partiendo de que se exige probar la existencia del contexto criminológico de la violencia de género):

(i) Agresión de hombre a mujer (que es o ha sido su pareja)

Si concurre el contexto criminológico:

Se aplicará el art. 148.4 CP. Ahora bien, aun estando presente el requisito material propio de la agravante su uso tiene un carácter potestativo. Se podrá acudir a la solución del siguiente párrafo, pero con la posibilidad adicional de tener en cuenta dicho contexto, cuando no se imponga el art. 173.2 CP, mediante la agravante de discriminación por razón de sexo.

Si no concurre el contexto criminológico:

Se impone al art. 147.1 CP + la agravante de parentesco¹⁵¹.

Si se prueba la especial situación de vulnerabilidad de la víctima y hay convivencia también se podría aplicar el art. 148.5 CP.

(ii) Mujer a hombre, mujer a mujer, hombre a hombre (que son o han sido pareja)

Lo normal sería recurrir al art. 147.1 CP + la agravante genérica de parentesco.

No obstante, si se prueba la especial situación de vulnerabilidad de la víctima y hay convivencia también se podría aplicar el art. 148.5 CP.

(iii) Resto de sujetos

Hay relación de parentesco:

La regla general indica que debemos resolverlo mediante el art. 147.1 CP + la agravante de parentesco (cuando sean algunos de los sujetos descritos por el art. 23 CP).

Aunque, como en el caso anterior, se podría sancionar por el art. 148.5 CP (si existe una situación de especial vulnerabilidad con convivencia), o por el art. 148.3 CP (menor de 12 años o incapaz y hay convivencia).

Resto de especiales relaciones de convivencia:

Los ataques a menores de 12 años o incapaces así como a los sujetos especialmente vulnerables se resolverán por los arts. 148.3 o 5 CP respectivamente.

Otras relaciones de convivencia se podrían sancionar por el art. 148.2 CP cuando hubiera alevosía.

¹⁴⁸ Vid. SSAP Madrid 23/2007 de 27 septiembre; Madrid 30/2007 de 19 noviembre; Zaragoza 222/2009 de 22 abril.

¹⁴⁹ Vid. SAP Madrid 23/2007 de 27 septiembre.

¹⁵⁰ Vid. al respecto FGE 6/2011, pp. 76 y s.

¹⁵¹ Vid. SSAP Las Palmas 347/2009 de 19 octubre; Santa Cruz de Tenerife núm. 416/2011 de 15 noviembre.

Para los demás casos existe la posibilidad de aplicar el art. 147.1 CP + la agravante de abuso de superioridad o de confianza (arts. 22.2 y 6 CP).

2. *¿Aunque hubo tratamiento la agresión fue leve y/o produjo un resultado leve? Conducta lesiva encuadrable en el art. 147.2 CP*

Se puede evitar, a pesar de lo comentado, el salto al art. 148 CP por otra vía. Existe la posibilidad de emplear un tipo atenuado: cuando el resultado fue leve y/o la capacidad lesiva de la acción era muy reducida.

Toda conducta lesiva que cumple los requisitos del art. 147.1 CP no tiene que sancionarse necesariamente por este artículo: si bien el tratamiento es un requisito típico, su presencia no puede hacernos olvidar que el injusto viene determinado por el desvalor de la acción y del resultado. Estos factores, pueden conducir al tipo atenuado del art. 147.2 CP.

El salto al art. 147.2 CP depende de dos circunstancias:

(a) Falta de peligrosidad del medio.

Se prevé para aquellos supuestos en los que, aunque los medios tienen una escasa capacidad lesiva (p.e. dar una bofetada o un pequeño empujón), se produce un resultado que cumple los requisitos de la lesión delictiva (existe un tratamiento médico o quirúrgico¹⁵²). En estas situaciones se suele acudir al art. 147.2 CP. Previsto así para los casos de preterintencionalidad¹⁵³.

(b) Lesión leve.

Aun cuando haya tratamiento, el resultado, en función del tiempo de curación, la naturaleza de la lesión, la parte del cuerpo afectada, el grado de limitación de la capacidad de desarrollo vital autónomo por parte del sujeto pasivo, se considera leve¹⁵⁴. Pero el medio no debe ser muy peligroso, pues si lo fuese pero hubiera producido una lesión insignificante se podría aplicar la tentativa del tipo agravado.

Si se decide recurrir al tipo atenuado no se podrá imponer el art. 148 CP. Sería posible hablar del efecto oclusivo del tipo atenuado, pero no es necesario ya que el art. 148 CP remite de forma expresa a los hechos sancionados por el número 1 del art. 147 CP¹⁵⁵. ¿Cómo resolver, si se elige esta vía, los casos de agresiones en un contexto de violencia de género o doméstica? No disponemos de una variante específica, por esta razón la solución será unir al art. 147.2 CP las agravantes genéricas asociadas a la especial relación de parentesco¹⁵⁶ o convivencia entre las partes. La situación de dominio machista habría que tenerla en cuenta para sancionar por el art. 173.2 CP en concurso y, cuando esto no sea viable, para plantear la posibilidad de imponer una agravante por discriminación (por motivo del sexo) del art. 22.4 CP.

¹⁵² Vid. CANCIO MELIÁ 2010, marg. 7399.

¹⁵³ Vid. CANCIO MELIÁ 2010, marg. 7397; HERRERA MORENO 2010, p. 103; GONZÁLEZ RUS 2011, p. 99; ESCRIBANA 2011, p. 522.

¹⁵⁴ Vid. HERRERA MORENO 2010, p. 103; CANCIO MELIÁ 2010, marg. 7397.

¹⁵⁵ Vid. DEL ROSAL BLASCO 2005, p. 346; CANCIO MELIÁ 2010, marg. 7397.

¹⁵⁶ Así Circular FGE 2/2003.

No obstante, lo más probable es que no llegue a utilizarse el art. 147.2 CP en el marco de la violencia doméstica/de género. De nuevo se atisba una contradicción con el art. 153 CP. El marco penal del art. 147.2 CP (3 a 6 meses de prisión o multa de 6 a 12 meses), previsto para conductas delictivas más graves que las descritas en el art. 153 CP, es inferior al fijado en este último¹⁵⁷.

Ante esta paradoja cuando concorra el contexto de la violencia de género es probable que (i) se fuerce la interpretación y se resuelva como una falta cuando el resultado lesivo sea mínimo, lo que conducirá finalmente al art. 153 CP; (ii) que se decida aplicar el art. 147.1 CP lo que llevará directamente al 148 CP.

En el Proyecto de Reforma Penal del 2013 se solventa esta situación. Se apunta expresamente que cuando la conducta sea una lesión del art. 147.2 PCP y haya una situación de violencia de género y doméstica se aplicará el art. 153 PCP como tipo agravado. Debo reconocer que la redacción propuesta, en este aspecto, resulta más racional.

3. *¿Se ha producido un resultado lesivo muy grave? Lesión de los arts. 149 y 150 CP*

El legislador no ha previsto para las lesiones agravadas por el resultado producido una agravación específica por el contexto de violencia de género o doméstica existente.

De nuevo la solución será la suma de las agravantes genéricas asociadas a la especial relación de parentesco o convivencia entre las partes a las lesiones muy graves descritas en los artículos 149 y 150 CP.

Por consiguiente, habría que aplicar, en primer lugar, la agravante genérica de parentesco¹⁵⁸.

Pero no siempre se hace. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (19/2013 de 18 enero) sanciona por el art. 149 CP sin la agravante de parentesco en una agresión grave de hombre a mujer con una relación de pareja. En el fundamento cuarto nos aclara el motivo: «Conforme al principio acusatorio, no es posible apreciar la agravante de parentesco del artículo 23 del CP en el delito de lesiones del artículo 149 o en el del artículo 148-1º del CP, como procedería vista la convivencia de la pareja, porque ninguna acusación lo ha pedido».

Resulta chocante que el legislador no haya trasladado su preocupación por la violencia, al menos de género, a las formas más graves de agresión contra la integridad personal, con una agravación semejante a la del art. 148.4 CP¹⁵⁹. Desaparece en este ámbito el debate sobre la creación de una situación de dominio machista. Todo se concentra en la

¹⁵⁷ Vid. críticamente por la desproporcionalidad a favor del art. 153 CP, ARÁNGUEZ 2005, p. 27; DEL ROSAL BLASCO 2005, pp. 341, 346; OLMEDO 2009, p. 358.

¹⁵⁸ Vid. OLMEDO 2005, p. 668; FELIP 2011, p. 82; MANJÓN-CABEZA 2011, p. 497. Vid. SSAP Asturias núm. 44/2011 de 22 febrero; Islas Baleares núm. 80/2011 de 30 junio.

¹⁵⁹ Vid. en el mismo sentido crítico BOLDOVA/RUEDA 2004a, p. 70; MENDOZA CALDERÓN 2005, p. 36; ACALE SÁNCHEZ 2008, p. 139; CASTELLÓ NICÁS 2009, p. 68; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO 2009, p. 306.

fijación de los requisitos asociados a la agravante de parentesco que, como he observado, se basa en una vulnerabilidad proveniente del abuso de la confianza entre parientes. Para solventar este olvido, una situación de dominio machista podría condicionar la aplicación del art. 173.2 CP en concurso y, si no fuera viable, se debería recurrir a la agravante por discriminación (por motivo del sexo) del art. 22.4 CP.

Por otro lado, el art. 23 CP no engloba todas las situaciones de especial relación descritas en el art. 173.2 CP. Para cubrir este vacío se añadirán las agravantes genéricas de alevosía, abuso de confianza o abuso de superioridad.

IV. ¿HA HABIDO OTRAS AGRESIONES? EL CONCURSO CON EL ART. 173.2 CP

Con lo expuesto, y en función de los datos que nuestra clienta ha proporcionado, ya le podríamos dar una respuesta a su consulta en lo que a las lesiones respecta. Sin embargo, aún faltaría una cuestión por resolver. ¿Qué vínculo existe entre violencia de género y doméstica, lesiones e integridad moral?

Esta pregunta surge porque es posible que las agresiones contra la integridad personal se integren en una coyuntura que permita acudir a la figura de los malos tratos habituales del art. 173.2 CP. Si así fuera nos encontraríamos con la concurrencia de dos tipos, el de malos tratos habituales y el de maltrato ocasional ¿Se aplican los dos conjuntamente o uno de manera preferente? Con otras palabras: ¿se resuelve mediante un concurso de delitos o de leyes?

(1) La colisión entre las lesiones y el art. 173.2 CP parece obligada.

(a) Primero, porque este artículo exige cierta violencia física o psíquica. La convergencia con las lesiones (al menos como falta) es, desde el punto de vista del art. 173.2 CP, absolutamente inevitable.

(b) Segundo, porque la definición de la habitualidad parece coincidir con la del contexto criminológico de violencia de género en la medida en que ambas requieren la existencia de un clima de dominación y sometimiento (aunque en las lesiones se suele insistir en el sometimiento, mientras que la habitualidad se concentra en el clima de violencia y temor). La demostración del contexto criminológico para aplicar el art. 173.2 CP implicará el de los arts. 153.1 o 148.4 CP.

La posición mayoritaria considera que en la habitualidad no es necesario probar el número exacto de actos de violencia. Lo relevante es que haya una pluralidad de conductas similares u otros datos del caso concreto que revelen la existencia de un clima

permanente de agresión¹⁶⁰, de violencia y dominación¹⁶¹, de hostilidad y hostigamiento¹⁶², de temor en las relaciones personales¹⁶³, de sometimiento y humillación¹⁶⁴.

(2) La solución de esta colisión es conflictiva. Y ello porque el art. 173.2 CP establece una regla concursal específica respecto a las lesiones producidas que impide solventar la concurrencia mediante un concurso de leyes¹⁶⁵. Hay que realizar un concurso de delitos. Por tanto, la creación de un clima de violencia y dominación (mediante actos habituales de violencia física o psíquica) será sancionada por el art. 173.2 CP (sin distinción entre los sujetos¹⁶⁶) y cada acción lesiva aislada en ese contexto por los delitos de lesiones oportunos.

En conclusión, siempre que se pueda sancionar por el art. 173.2 CP habrá una lesión que satisface las exigencias materiales de la violencia de género (o doméstica). Convergencia (con los arts. 153 y 148 CP y, en general, con todas las figuras típicas de las lesiones) que se solventará, según apunta el tipo, mediante un concurso de delitos.

Se utilizan varios argumentos para justificar que esta regla concursal no vulnere el principio de *non bis in idem*. Se dice que (i) se protegen bienes jurídicos diferentes¹⁶⁷ (salud física y psíquica – integridad moral¹⁶⁸) o un mismo bien jurídico pero desde perspectivas diferentes¹⁶⁹. También se afirma que (ii) a pesar de la existencia de una mención a la violencia física o psíquica del art. 173.2 CP estos hechos sólo se tienen en cuenta para determinar el contexto de violencia

¹⁶⁰ Vid. STS 1208/2000 de 7 de julio; SSAP Burgos 8/2005 de 19 enero; Jaén 198/2011 de 16 septiembre.

¹⁶¹ Vid. SSTS 1366/2000 de 7 de septiembre; 409/2006 de 13 abril; 105/2007 de 14 febrero; 477/2009 de 10 noviembre; 1274/2011 de 29 noviembre. Vid. NÚÑEZ CASTAÑO 2009, p. 34.

¹⁶² Vid. GÓMEZ NAVAJAS 2004, pp. 70 y ss.; OLAIZOLA 2010, pp. 288 y s.; FELIP/RAGUÉS 2011, p. 112.

¹⁶³ Vid. Circular FGE 4/2003, p. 3; SSTS 105/2007 de 14 febrero; 192/2011 de 18 marzo. Vid. MAJÓN-CABEZA 2011, p. 537.

¹⁶⁴ Vid. STC 77/2010 de 19 de octubre.

¹⁶⁵ Clausula concursal que convive con la del art. 177 CP y que, por especialidad, debe ser prioritaria a esta última.

¹⁶⁶ Parece extraño que el art. 173.2 CP no haga una distinción entre los sujetos como la prevista en el art. 153 CP (plantea esta incoherencia ALONSO ÁLAMO 2008, p. 33). No obstante, se puede deducir de esta falta de diferenciación en el art. 173.2 CP que, a pesar de lo indicado en el art. 153 CP, la situación de dominación y sometimiento en el contexto familiar admite cualquier tipo de sujeto activo y pasivo.

¹⁶⁷ Vid. DEL ROSAL BLASCO 2005, p. 337; BENÍTEZ JIMÉNEZ 2008, pp. 200 y s., OLAIZOLA 2010, p. 290; ESCRIBUELA 2011, p. 571; MAJÓN-CABEZA 2011, p. 530; Circular FGE 6/2011, p. 80.

Vid. también SSTS 261/2005 de 28 febrero; 474/2010 de 17 de mayo; SAP Barcelona 790/2007 de 12 septiembre.

¹⁶⁸ Al que se suele añadir la paz familiar, vid. SSTS 645/2004 de 14 de mayo; 474/2010 de 17 de mayo.

¹⁶⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ (2005, pp. 27 y ss., 31 y ss., 39 y ss.) que habla de un plano individual y otro compartido (núcleo familiar, propio del art. 173.2 CP) de la protección del ámbito familiar (condiciones de desarrollo digno de la persona en dicho contexto). Vid. también HUERTA TOCILDO 2003, p. 521 que sostiene que se tutela la salud e integridad física de las personas (puestas en peligro potencial): la sanción del acto aislado de maltrato no tendría en cuenta la habitualidad, por ese motivo es posible el concurso sin vulnerar el *non bis in idem*.

habitual, de modo que se puede punir al sujeto activo por ellos adicionalmente¹⁷⁰. Sería posible, por consiguiente, sancionar en concurso real¹⁷¹, ideal¹⁷² o medial¹⁷³ por ambos delitos.

Si bien se precisa que no se pueden aplicar conjuntamente los subtipos agravados de los arts. 153 y 173.2 CP¹⁷⁴. Se impone el subtipo agravado del art. 173.2 CP¹⁷⁵.

Ahora bien, parece que hay demasiados puntos de encuentro entre todos estos tipos que insinúan que lo correcto sería acudir a un concurso de leyes a favor del art. 173.2 CP. Esta circunstancia ha sido apreciada por varios autores que han intentado introducir el concurso de leyes pero compatibilizado con el concurso de delitos para respetar, así, la regla concursal referida.

(a) Se parte del reconocimiento de que la relación entre autor y víctima, y la situación de sometimiento, son elementos comunes de los malos tratos y lesiones ocasionales y de la violencia habitual¹⁷⁶. De modo que en caso de concurrencia de ambos delitos el art. 173.2 CP recogería todo el desvalor relativo a estos dos aspectos (principio de consunción). Por consiguiente se sancionará por el delito de malos tratos habituales (art. 173.2 CP) en concurso real o ideal con la falta de lesiones ordinaria (art. 617 CP)¹⁷⁷ o con los delitos de lesiones (no agravados por la violencia doméstica o de género).

(b) Una segunda opción añade que los malos tratos habituales tienen un carácter pluriofensivo: tutelan la salud individual (al menos indirectamente en un grado mínimo) y la integridad moral (inmediatamente)¹⁷⁸.

Así se estima que el art. 173.2 CP incluye todo lo referido al desvalor de la relación entre autor y víctima y el sometimiento y, además, las agresiones más leves, las definidas como faltas¹⁷⁹ (principio de consunción). Sólo debería aplicarse el concurso de delitos cuando las lesiones tengan una gravedad no englobada por el

¹⁷⁰ Surge un hecho nuevo valorativamente distinto en su potencial lesivo de los actos de violencia aislados, STC 77/2010 de 19 de octubre; vid. también STS 192/2011 de 18 marzo.

¹⁷¹ Vid. BENÍTEZ JIMÉNEZ 2008, p. 201.

¹⁷² Así HUERTA TOCILDO 2003, p. 518; BOLDOVA/RUEDA 2004, p. 33; CASTELLÓ NICÁS 2005, p. 225; FELIP/RAGUÉS 2006, p. 101; ídem 2011, p. 111. STC 77/2010 de 19 de octubre.

¹⁷³ Vid. MAQUEDA ABREU 2006a, p. 184 que defiende que se debe aplicar un concurso ideal o medial.

¹⁷⁴ Vid. Circular FGE 4/2003, pp. 5 y s. ESCRIBUELA 2011, p. 572. No obstante, OLMEDO 2009, p. 368 estima que es viable «apreciar el subtipo cualificado del delito de violencia habitual cuando el autor ha sido ya condenado por un acto de violencia ocasional agravado, y este episodio puntual no integre (por ser, por ejemplo, un antecedente completamente aislado) el periodo de violencia habitual tenido en cuenta por el Juez o Tribunal para condenar por el art 173.2 CP».

¹⁷⁵ Vid. OLMEDO 2009, p. 368.

¹⁷⁶ Vid. MAQUEDA ABREU 2006a, p. 184.

¹⁷⁷ Vid. CORCOY 2006, p. 160.

¹⁷⁸ Remarca la pluriofensividad Consulta FGE 1/2008. Vid. también RAMÓN RIBAS 2009, p. 23; NÚÑEZ FERNÁNDEZ 2010, p. 214. En contra ACALE SÁNCHEZ 2005, p. 39.

¹⁷⁹ También deberían abarcar las conductas sancionadas por el art. 147.2 CP.

art. 173.2 CP, es decir, los casos de delitos de lesiones (147, 148, 149 o 150)¹⁸⁰, no agravados por la violencia doméstica o de género.

(c) Se puede apreciar una tercera opción. El art. 173.2 CP comprende los ataques más leves contra la integridad moral pero no abarca el desvalor por el abuso de una situación de vulnerabilidad propio de la relación de parentesco y/o convivencia entre autor y víctima.

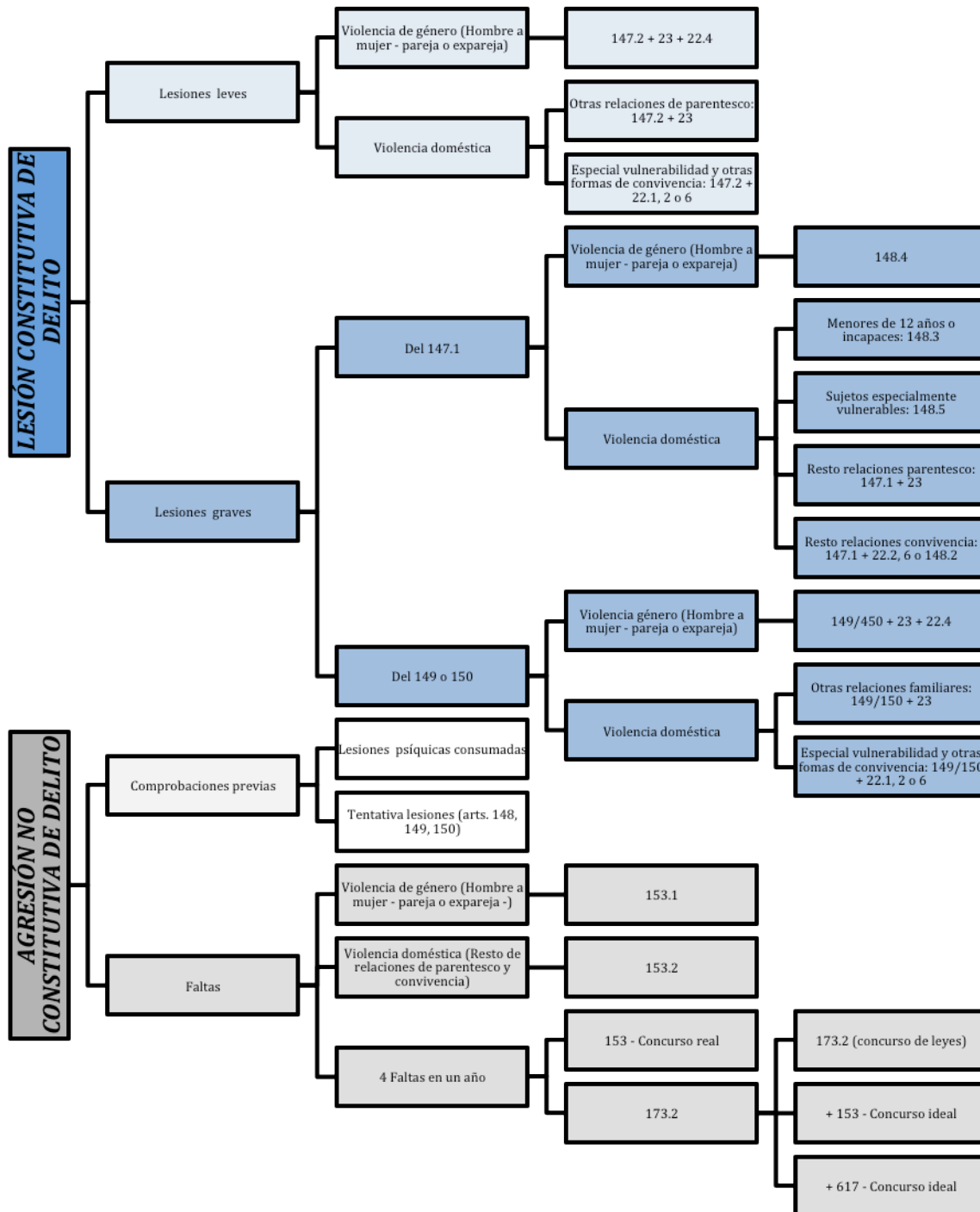
Esto permite resolver la vinculación con las faltas mediante un concurso de leyes a favor del art. 173.2 CP. Ahora bien, cuando la conducta sea constitutiva de delito según las exigencias del art. 147 CP se recurrirá al concurso de delitos (que sería ideal por la unidad de acción que existe y que muestra la propia habitualidad). Este se establecerá con los tipos específicamente agravados por la especial vulnerabilidad (arts. 148.3 y 5 CP) y por la alevosía (art. 148.1 CP) o con los de lesión más las agravantes genéricas de parentesco, abuso de superioridad o confianza. Ello es posible porque se refieren al modo de comisión de la agresión: abusando de una situación de confianza, de una posición de superioridad o dominio. Este prevalimiento se debe tener en cuenta en todos los bienes jurídicos en los que el autor se valió de ello. Por este motivo se desvalora tanto en los delitos de lesiones como en los malos tratos habituales.

¿Qué sucede con los tipos conexos con violencia de género? Si se entiende la violencia de género como una situación de dominio y sometimiento de carácter machista no hay en ello un desvalor por el modo de comisión, sino una lesión de la integridad moral recogida completamente por el art. 173.2 CP (lo que igualmente impide la posibilidad de utilizar la agravante genérica de discriminación por sexo). En función de lo que acabo de indicar el concurso de delitos se debería establecer entre el art. 173.2 CP y el tipo básico de lesiones más la agravante de parentesco. No obstante, se podría imponer el art. 148.4 CP si se insiste en que en la violencia de género también está presente la idea de prevalimiento (por abuso de la situación de vulnerabilidad por el sometimiento). En tal caso habría que considerar al determinar la pena que parte del desvalor, el que atañe al sometimiento vejatorio, ya se tiene en cuenta al aplicar el art. 173.2 CP.

V. CONCLUSIONES

(1) En función de lo discutido se puede presentar un árbol de decisiones para las lesiones en un contexto de violencia de género y doméstica (apoyado sobre las relaciones especiales de parentesco y convivencia):

¹⁸⁰ Vid. MAQUEDA ABREU 2006a, p. 184 (que aparte de eso defiende que se debe aplicar un concurso ideal o medial).



(2) Para desplazarnos dentro de este árbol de decisión las cuestiones básicas que necesitamos conocer sobre la víctima y la agresión que sufrió son las siguientes:

- (a) ¿Qué relación tiene con el/la agresor/a?
- (b) ¿La lesión requirió tratamiento médico o quirúrgico?
- (c) ¿Aunque hubo tratamiento la agresión fue leve y/o causó un resultado leve?
- (d) ¿Se ha producido un resultado lesivo grave o muy grave?
- (e) ¿En qué contexto se han producido las agresiones y cuál ha sido la motivación?
- (f) ¿Ha habido otras agresiones?

(3) En este árbol de decisiones debemos destacar una serie de aspectos:

(a) Se han incorporado al Código penal tipos específicos (autónomos – art. 153 CP - o agravados – art. 148 CP-) en función del nexo que existe entre víctima y victimario. Estos vínculos se organizan en dos grupos:

(i) Relaciones de parentesco. Se distinguen en este grupo las relaciones de pareja (en las que no se demanda ni convivencia, ni actualidad del vínculo) y el resto de relaciones familiares.

(ii) Relaciones de convivencia. La convivencia entre el sujeto activo y el pasivo asume un papel esencial y tiene que concurrir siempre. Puede tener lugar en el entorno de la unidad familiar o en un centro público de guardia y custodia. No tiene que haber un vínculo de parentesco y comprende las relaciones de dependencia.

(b) Sobre esta estructura típica se ha superpuesto la distinción entre violencia de género y doméstica: auténtica *ratio* de creación de los específicos tipos autónomos y agravados y criterio de justificación del marco penal establecido.

(i) La violencia de género incluye únicamente las agresiones de hombre a mujer que sean o hayan sido pareja en un contexto de dominio y sometimiento machista.

(ii) La violencia doméstica se utiliza como término residual, aglutina el resto de las especiales relaciones de parentesco y convivencia. El mínimo común denominador de todas estas relaciones será la convivencia de víctima y victimario (aunque no siempre en el entorno de la unidad familiar).

(c) Los tipos así creados sólo recogen en su redacción una concreta relación de parentesco o convivencia, pero no todos contienen expresamente requisitos vinculados con su fin principal (lucha contra la violencia de género y doméstica).

(i) Únicamente hay una referencia en un supuesto de relación de convivencia: abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima (forma de violencia doméstica).

(ii) En los demás casos se pueden imponer los tipos específicos simplemente cuando esté presente la relación descrita sin realizar valoración adicional alguna.

(d) Para evitar esta aplicación automática se han desarrollado requisitos propios, no previstos en su redacción, mediante una interpretación de los tipos apoyada en el art. 1.1 LO 1/2004.

(d.1) En la violencia doméstica se debe comprobar que hay un abuso de una situación de confianza o de superioridad en las relaciones de parentesco y convivencia que abarca.

(d.2) Este debate se vuelve especialmente relevante en las agresiones de hombre a mujer con relación (presente o pasada) de pareja. Al afirmar correctamente que por esta vía se sanciona la violencia de género se defiende que se debe exigir que concorra, objetiva y subjetivamente, dicha situación en el caso concreto.

(i) Aspecto objetivo. No se podrá sancionar el comportamiento por los arts. 153.1 o 148.4 CP cuando la agresión no se realice en un contexto criminológico de dominio y sometimiento de la mujer por el agresor.

(ii) Aspecto subjetivo.

Ánimo de sometimiento de la mujer. Se considera que no se debe tener en cuenta por su dificultad probatoria. Ello se refuerza con el hecho de que la LO 1/2004 lo excluyó de su redacción final. Pero sí que puede ser necesario recurrir a él cuando la agresión se dirija a la creación de una situación de dominio machista que no se pueda probar aún presente.

Se plantea como alternativa definirlo como el ánimo de discriminar por razón de sexo. Aunque se admite que se enfrenta a los mismos problemas probatorios.

(e) Si no se puede acudir al tipo específico que sanciona la violencia de género o doméstica o cuando no exista tipo específico alguno (como por ejemplo sucede con las lesiones de los arts. 149 y 150 CP) se tendrá que completar el tipo ordinario de lesiones con las agravantes genéricas asociadas con las relaciones de parentesco o convivencia sobre las que se apoya la violencia de género y doméstica.

(i) Parentesco. Tipo de lesiones no agravado por violencia de género o doméstica + agravante de parentesco.

(ii) Convivencia. Tipo de lesiones no agravado por violencia de género o doméstica + alevosía o abuso de superioridad o abuso de confianza.

No obstante, se añadirá así mismo la agravante de discriminación por razón de sexo en los casos de violencia de género por la vejación machista que expresa una agresión contra la igualdad. Quedará absorbida por el delito contra la integridad moral si se sancionara también por este.

(h) En la mayoría de las ocasiones que determinemos que existe un contexto de dominio y sometimiento es probable que se estime igualmente probada la nota de habitualidad del art. 173.2 CP. Cuando sea así se producirá una convergencia con este artículo que, tal y como indica el mismo, se debe resolver mediante un concurso de delitos.

(i) Sin embargo, el concurso con las agresiones más leves, debería resolverse por el concurso de leyes porque el art. 173.2 CP ya contiene una agresión mínima a la integridad personal como requisito absolutamente necesario para aplicar los malos tratos habituales concurriendo un contexto de sometimiento machista.

(ii) Los comportamientos constitutivos de delitos, sancionables por los tipos específicamente agravados por la especial vulnerabilidad (arts. 148.3 y 5 CP) y por alevosía (art. 148.1 CP) o por los de lesión más las agravantes genéricas de paren-

tesco, abuso de superioridad o confianza, estarán en concurso ideal de delitos con el art. 173.2 CP. El abuso de la posición de superioridad o confianza se debe desvalorar respecto a todos los bienes jurídicos en los que se utilizó como forma de comisión.

El aspecto relativo al dominio y sometimiento machista representa una lesión de la integridad moral recogido completamente por el art. 173.2 CP. Esto impide acudir a la agravante genérica de discriminación por sexo y condiciona, inicialmente, que en lo que afecta a la violencia de género el concurso de delitos se efectúe entre el art. 173.2 CP y el art. 147.1 CP más la agravante de parentesco. Únicamente se puede recurrir al art. 148.4 CP si se recalca que en la violencia de género también está presente la idea de prevalimiento (por abuso de la situación de vulnerabilidad por el dominio y sometimiento).

(4) Nos enfrentamos a una regulación laberíntica que puede tener efectos no deseados.

La dificultad de navegación en el árbol de decisiones previstas puede conducir a usar de manera automática el art. 153.1 CP *para todos los niveles de lesión*. La reducción de la persecución de la violencia doméstica y de género a su manifestación más leve está motivada lógicamente por la presencia de un sistema muy técnico, con dificultades de subsunción y de prueba, en el que el art. 153 CP aparece como la salida más simple, que garantiza la puesta en marcha de mecanismos de protección de la víctima y que comunica a la sociedad la relevancia del problema, la capacidad de respuesta y la voluntad de reprimir estas conductas por parte de las instituciones estatales. Ahora bien, de ese modo se produce una concentración de la mayoría de los recursos judiciales en la persecución de conductas de bagatela que, antes que representar una anticipación de la tutela penal con fines preventivos, puede enmascarar una renuncia a la persecución de formas de agresión graves en el contexto de la violencia doméstica y de género.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

Tribunal Constitucional

Autos

ATC núm. 233/2004 de 7 de junio

ATC núm. 332/2005 de 13 de septiembre

Sentencias

STC núm. 59/2008 de 14 de mayo

STC núm. 81/2008 de 17 de julio

STC núm. 95/2008 de 24 de julio

STC núm. 99/2008 de 24 de julio

STC núm. 45/2009 de 19 de febrero

STC núm. 127/2009 de 26 de mayo
STC núm. 41/2010 de 22 de julio
STC núm. 45/2010 de 28 de julio
STC núm. 52/2010 de 4 octubre
STC núm. 77/2010 de 19 de octubre

Tribunal Supremo

STS núm. 1208/2000 de 7 de julio
STS núm. 1366/2000 de 7 de septiembre
STS núm. 1574/2001 de 14 noviembre
STS núm. 1749/2003 de 22 diciembre
STS núm. 645/2004 de 14 de mayo
STS núm. 261/2005 de 28 febrero
STS núm. 682/2005 de 1 junio
STS núm. 1152/2005 de 5 octubre
STS núm. 1197/2005 de 14 octubre
STS núm. 409/2006 de 13 abril
STS núm. 580/2006 de 23 de mayo
STS núm. 1011/2006 de 23 octubre
STS núm. 103/2007 de 16 de febrero
STS núm. 105/2007 de 14 febrero
STS núm. 201/2007 de 16 de marzo
STS núm. 348/2007 de 20 abril
STS núm. 531/2007 de 18 junio
STS núm. 1050/2007 de 19 diciembre
STS núm. 113/2008 de 31 de enero
STS núm. 629/2008 de 10 octubre
STS núm. 926/2008 de 30 diciembre
STS núm. 90/2009 de 3 febrero
STS núm. 79/2009 de 10 febrero
STS núm. 477/2009 de 10 noviembre
STS núm. 510/2009 de 12 mayo
STS núm. 654/2009 de 8 junio
STS núm. 1061/2009 de 26 octubre
STS núm. 1177/2009 de 24 noviembre
STS núm. 703/2010 de 15 julio
STS núm. 45/2010 de 28 de julio
STS núm. 474/2010 de 17 de mayo
STS núm. 852/2010 de 8 de octubre
STS núm. 910/2010 de 22 octubre
STS núm. 192/2011 de 18 marzo
STS núm. 1017/2011 de 6 octubre
STS núm. 1274/2011 de 29 noviembre

STS núm. 1348/2011 de 14 diciembre

STS núm. 288/2012 de 19 abril

Audiencias Provinciales

Autos

AAP Castellón núm. 282/2006 de 12 julio

AAP Madrid núm. 1071/2007 de 19 octubre

Sentencias

SAP Albacete núm. 133/2009 de 2 junio

SAP Albacete núm. 11/2010 de 9 marzo

SAP Albacete núm. 247/2010 de 17 septiembre

SAP Alicante núm. 690/2007 de 30 de octubre

SAP Asturias núm. 44/2011 de 22 febrero

SAP Barcelona núm. 360/2007 de 28 de marzo

SAP Barcelona núm. 790/2007 de 12 septiembre

SAP Barcelona núm. 805/2008 de 22 de julio de 2008

SAP Barcelona núm. 1294/2008 de 25 noviembre

SAP Barcelona núm. 86/2011 de 2 febrero

SAP Barcelona núm. 953/2011 de 21 noviembre

SAP Barcelona núm. 88/2012 de 14 febrero

SAP Burgos núm. 8/2005 de 19 enero

SAP Burgos núm. 159/2013 de 9 abril

SAP Castellón núm. 253/2011 de 30 mayo

SAP Granada núm. 561/2008 de 3 octubre

SAP Guadalajara núm. 52/2011 de 20 mayo

SAP Guipúzcoa núm. 1/2012 de 2 enero

SAP Islas Baleares núm. 80/2011 de 30 junio

SAP Jaén núm. 198/2011 de 16 septiembre

SAP Las Palmas núm. 347/2009 de 19 octubre

SAP Madrid núm. 374/2007 de 30 de abril

SAP Madrid núm. 477/2007 de 18 de junio

SAP Madrid núm. 23/2007 de 27 septiembre

SAP Madrid núm. 30/2007 de 19 noviembre

SAP Madrid núm. 1178/2010 de 14 julio

SAP Madrid núm. 217/2011 de 3 marzo

SAP Madrid núm. 1253/2012 de 5 diciembre

SAP Murcia núm. 201/2010 de 16 julio

SAP Murcia núm. 126/2011 de 17 de junio

SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 10/2012 de 12 enero

SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 416/2011 de 15 noviembre

SAP Sevilla núm. 19/2013 de 18 enero

SAP Tarragona núm. 880/2005 de 17 octubre

SAP Tarragona núm. 197/2012 de 30 abril

SAP Valencia núm. 221/2007 de 10 de julio
 SAP Valencia núm. 52/2008 de 29 febrero
 SAP Valencia núm. 107/2011 de 21 febrero
 SAP Vizcaya núm. 31/2007 de 22 enero
 SAP Vizcaya núm. 299/2007 de 26 de abril
 SAP Zaragoza núm. 447/2007 de 19 de diciembre
 SAP Zaragoza núm. 222/2009 de 22 abril

Consultas y Circulares Ministerio Fiscal

Consultas

Consulta FGE 1/2008

Circulares

Circular FGE 4/2003

Circular FGE 4/2005

Circular FGE 6/2011

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2005), “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 15, pp. 11 y ss.
- (2008), “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en Villacampa Estiarte (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, pp. 87 y ss.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.; LAMARCA, C. (2008), “Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género”, en García Valdés; Cuerda Riezu; Martínez Escamilla; Alcácer Girau; Valle Mariscal de Gante (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, pp. 1761 y ss.
- (2008a), “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal”, en *La Ley*, pp. 1794 y ss.
- ALONSO ALAMO, M. (2008), “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política criminal*, n. 95, pp. 19 y ss.
- ANARTE BORRALLO, E., (2010), “Lesiones”, en Boix Reig (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, Madrid, pp. 119 y ss.
- ANTÓN GARCÍA, L.; LARRAURI PIJOAN, E. (2009), “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, n. 7, pp. 1 y ss.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2005), “El delito de maltrato doméstico y de género del artículo 153 CP”, en Carbonell Mateu (coord.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 11 y ss.
- ARROYO ZAPATERO, L.A. (2008), “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en Muñoz Conde (coord.): *Pro-*

- blemas actuales del Derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, pp. 707 y ss.
- ASÚA BATARRITA, A. (2004), “Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos Penales Jose María Lidón, n. 1. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Bilbao, pp. 201 y ss.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. (2008), “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en Villacampa Estiarte (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, pp. 163 y ss.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I.F. (2002), “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en Morillas Cueva (coord.): *Estudios penales sobre violencia*, Madrid, pp. 153 y ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.; RUEDA MARTÍN, M.A. (2004), “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas del 2003 del código penal español”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 14, pp. 11 y ss.
- (2004a), “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal: reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 15, pp. 65 y ss.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010), “Lesiones”, en Molina Fernández (coord.): *Memento Práctico. Penal 2011*, Madrid, pp. 7350 y ss.
- CASTELLÓ NICAS, N. (2005), “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2 CP”, en Carbonell Matéu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Diez (coords.): *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, pp. 211 y ss.
- (2009), “Concepto general de violencia de Género: un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en el contexto de la violencia doméstica y de género”, en Jiménez Díaz (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 57 y ss.
- C.G.P.J. (2004), “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la Mujer”, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_integral_de_medidas_contra_la_violencia_ejercida_sobre_la_mujer
- (2004a), “Voto particular al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la Mujer”, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_integral_de_medidas_contra_la_violencia_ejercida_sobre_la_mujer
 - (2013), “Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género”, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_integral_de_medidas_contra_la_violencia_ejercida_sobre_la_mujer

- ial/En_Portada/ci.Guia_de_criterios_de_actuacion_judicial_frente_a_la_violencia_de_genero.formato3
- C.G.P.J. - GRUPO DE EXPERTOS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, (2009), *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias provinciales*, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Grupos_de_expertos/Estudio_sobre_la_aplicacion_de_la_Ley_integral_contra_la_violencia_de_genero_por_las_Audiencias_Provinciales
- C.G.P.J. – OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, (2012), “Datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección solicitadas en los juzgados de violencia sobre la mujer (JVM) y sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el año 2011”, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Datos_estadisticos/Datos_de_denuncias_procedimientos_penales_y_civiles_registrados_ordenes_de_proteccion_solicitadas_en_los_Juzgados_de_Violencia_sobre_la_Mujer_JVM_y_sentencias_dictadas_por_los_organos_jurisdiccionales_en_esta_materia_en_el_ano_2011
- COLL-PLANAS, G.; GARCÍA-ROMERAL MORENO, G.; MAÑAS RODRÍGUEZ, C.; NAVARRO-VARAS, L. (2008), “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión”, en *Papers: revista de sociología*, n. 87, pp. 187 y ss.
- COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. (2004), “La Ley Integral contra la Violencia de Género: una ley necesaria”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 4, pp. 43 y ss.
- COMAS DE ARGEMIR I CENDRA, M.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2005), “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Mayor, pp. 1185 y ss.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2006), “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dir.): *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, pp. 141 y ss.
- CRUZ BLANCA, M.J. (2002), “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en Morillas Cueva (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, pp. 19 y ss.
- (2004), “Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 82, pp. 131 y ss.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2010), “Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzado de la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Estudios penales y criminológicos*, n. 30, pp. 85 y ss.
- CUELLO CONTRERAS, J.; CARDENAL MURILLO, A. (2005), “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, pp. 251 y ss.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2010), “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como

- tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 13, pp. 1 y ss.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2005), “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, pp. 327 y ss.
- DE PAÚL VELASCO, J.M. (2010), “Aspectos penales de la LO 1/2004: experiencias de su aplicación”, en Lorenzo Copello (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, pp. 213 y ss.
- DE MIRANDA AVENA, C.; MARTOS MARTÍNEZ, G. (2011), “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley: comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 80, pp. 93 y ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2011), “Artículo 153”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid, pp. 604 y ss.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2011), *Derecho penal español. Parte General. En esquemas*, 3ª edición, Valencia.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. (2002), “Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal”, en Morillas Cueva (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, pp. 315 y ss.
- (2009), “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, en Jiménez Díaz; Castelló Nicás (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 297 y ss.
- DOVAL PAÍS, A. (2000), “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, en *Revista penal*, n. 6, pp. 31 y ss.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J. (2011), *Todo penal*, Madrid.
- FARALDO CABANA, P. (2006), “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, pp. 72 y ss.
- (2008), “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en Muñoz Conde (coord.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, pp. 777 y ss.
- FELIP I SABORIT, D. (2011), “Las lesiones”, en Silva Sánchez (dir.); Ragués i Vallès (coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, Barcelona, pp. 67 y ss.
- FELIP I SABORIT, D.; RAGUÉS I VALLÈS, R., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Silva Sánchez (dir.); Ragués i Vallès (coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, Barcelona, 2011, pp. 105 y ss.
- FUENTES SORIANO, O., (2005) “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, pp. 1153 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2008), “Prólogo a la 14ª edición”, en *Código Penal – Tecnos*, 18ª edición, 2012, Madrid, pp. 19 y ss.

- GÓMEZ NAVAJAS, J. (2004), “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, n. 11., pp. 45 y ss.
- GONZÁLEZ PASTOR, C.P. (2005), “Delimitación del concepto “persona especialmente vulnerable” en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género», en *La Ley Penal*, n. 17, pp. 52 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (2005), “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, pp. 483 y ss.
- (2011), “Las lesiones”, en Morillas Cueva (coord.): *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, pp. 89 y ss.
- GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013), “La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia “cuasi-doméstica” habitual”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 19, pp. 1 y ss.
- GOYENA HUERTA, J. (2011), “De la circunstancia mixta de parentesco”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.^a edición, Valladolid, pp. 222 y ss.
- HERRERA MORENO, M. (2010), “Lesiones, violencia de género y tráfico de órganos”, en Polaino Navarrete (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, pp. 99 y ss.
- HUERTA TOCILDO, S. (2003), “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra, Cortés Bechiarelli (coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, pp. 507 y ss.
- ÍÑIGO CORROZA, E. (2011), “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco”, en *InDret*, 4/2011, pp. 1 y ss.
- JOHNSON, M. P. (2005), “Domestic Violence: It's Not About Gender-Or Is It?”, en *Journal of Marriage and Family*, n. 67, pp. 1126 y ss.
- LAURENZO COPELLO, P. (2005), “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, pp. 1 y ss.
- (2005a), “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político criminal”, en *Cuadernos penales Jose María Lindón: Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, n. 2, pp. 91 y ss.
 - (2006), “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, en *Cuadernos de derecho judicial*, n. IV, pp. 335 y ss.
 - (2008), “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en García Valdés; Cuerda Riezu; Martínez Escamilla; Alcácer Girau; Valle Mariscal de Gante (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, pp. 2093 y ss.
 - (2010), “Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres”, en Laurenzo Copello (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, pp. 15 y ss.

- LARRAURI PIJOAN, E. (2007), *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid.
- (2009), “Igualdad y violencia de género: Comentario a la STC 59/2008”, *InDret*, n.º 1, 2009, pp. 1 y ss.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2011), “Violencia de género y doméstica”, en Álvarez García (dir.): *Derecho penal español, parte especial*, vol. I., Valencia, pp. 489 y ss.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2006a), “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista penal*, n. 18, pp. 176 y ss.
- (2006b), “La violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, pp. 1 y ss.
 - (2007), “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, pp. 1 y ss.
 - (2010), “1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en Lorenzo Copello (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, pp. 113 y ss.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2004), “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en Zugaldía Espinar (dir.): *Derecho penal. Parte General*, 2.ª edición, Valencia, pp. 875 y ss.
- MATA Y MARTÍN, R.M. (2006), “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º. 15, pp. 39 y ss.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2005), “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 3, pp. 1 y ss.
- MINISTERIO DE SANIDAD, POLITICA SOCIAL E IGUALDAD (2011), *IV Informe anual del observatorio estatal de violencia sobre la mujer. Informe ejecutivo*. <http://www.observatorioviolencia.org/documentos.php?id=297>
- MIR PUIG, S. (2011), *Derecho penal. Parte General*, Barcelona.
- MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V. (2011), “Artículo 23”, en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, pp. 111 y ss.
- MONTALBÁN HUERTAS, I. (2005), “Ley orgánica 1/2004, de 8 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. II, pp. 277 y ss.
- MORILLAS CUEVA, L. (2005), “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en Carbonell Mateu (coord.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, pp. 645 y ss.
- (2009), “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en Jiménez Díaz (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 19 y ss.
- NUÑEZ CASTAÑO, E. (2009), “El delito de maltrato habitual: entre la violencia de género y la violencia doméstica”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 12, pp. 1 y ss.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2010), “La violencia de género en el Derecho penal y su constitucionalidad”, en Rodríguez Núñez (coord.): *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 207 y ss.

- OLAIZOLA NOGALES, I. (2010), “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios penales y criminológicos*, n. 30, pp. 269 y ss.
- OLMEDO CARDENETE, M. (2005), “Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de partentescos tras la reforma del artículo 23 del Código Penal operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en Carbonell Mateu (coord.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 657 y ss.
- (2009), “Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género”, en Jiménez Díaz (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 343 y ss.
- OSBORNE, R. (2008), “De la «violencia» (de género) a las «cifras de la violencia»: una cuestión política”, en *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n. 15, pp. 99 y ss.
- (2009), *Apuntes sobre la violencia de género*, Barcelona.
- PÉREZ ALONSO, E. (2010), “Las circunstancias del delito”, en Zugaldía Espinar (dir.): *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, Valencia, pp. 435 y ss.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. (2010), “La perspectiva de género en el código penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, n. 30, pp. 317 y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2010), *Derecho penal español. Parte Especial*, 6.ª edición, Barcelona.
- QUINTERO OLIVARES, G.; TAMARIT SUMALLA, J.M.; GARCÍA ALBERO, R. (2009), “Los nuevos tipos delictivos introducidos por la Ley contra la violencia de género”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8.ª edición, Pamplona, pp. 117 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2009), “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer”, en *Estudios penales y criminológicos*, v. XXIX, pp. 421 y ss.
- RAMÓN RIBAS, E. (2009), “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, en *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, pp. 13 y ss.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 9, 2005, pp. 739 y ss.
- REQUERO IBÁÑEZ, J.L., (2004), “Ley Orgánica Integral de violencia sobre la mujer y el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, pp. 13 y ss.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (2011), “Artículo 23”, en Rodríguez Ramos (dir.): *Código Penal*, 4.ª edición, Madrid, pp. 287 y ss.
- RUBIO, A. (2010), “La Ley Integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta”, en Laurenzo Copello (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, pp. 131 y ss.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2006), “Algunas cuestiones jurídico-penales en la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”,

en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 10, pp. 1147 y ss.

SUBIJANA ZUNZUNEGI, I.J. (2010), “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal: Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 12-05, pp. 1 y ss..

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), “De las lesiones”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a edición, Pamplona, pp. 107 y ss.

VALMAÑA OCHAÍTA, S. (2010), “Mujer y violencia: algunas cuestiones sobre el método, objeto y evolución político-criminal”, en *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, n. 6, pp. 1 y ss.

- (2011), “Igualdad y no discriminación en el Derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, n. 4, pp. 49 y ss.
- (2011a), “La respuesta penal a la violencia contra las mujeres. El delito de los malos tratos del artículo 153 del Código Penal Español”, en Zurilla Cariñana, Domínguez Martínez (coord.): *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Oviedo, pp. 47 y ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2007), “El maltrato singular cualificado por razón de género: Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 09-12, pp. 1 y ss.