

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1177/2009 de 24 noviembre**

**RESUMEN**

**El Tribunal Supremo estima que los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyan la presencia de una relación de dominación-subordinación no cabe encuadrarlos dentro del tipo del artículo 153 del Código Penal.**

**I. ANTECEDENTES**

1

El Juzgado de Instrucción nº 6 de Arenys de Mar instruyó sumario con el nº 1 de 2.007 contra José María , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Veinte, que con fecha 21 de enero de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Son hechos probados, y así se declara, que el procesado José María , mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba casado con Sonia, manteniendo el matrimonio el domicilio familiar en la CALLE 000, nº NUM000, NUM001, NUM002 de Pineda de Mar (Barcelona). La pareja atravesaba un momento de difícil convivencia, dada la dependencia al alcohol y otras sustancias que presentaba el procesado, así como a su infidelidad, toda vez que unos meses antes había abandonado el domicilio conyugal para pasar a convivir con su actual compañera sentimental, Encarna, volviendo después a su inicial domicilio, donde discutía a menudo con su esposa. Dentro de este contexto, el día 22 de octubre de 2.006 se inició una discusión entre el procesado y su mujer, Sonia, a raíz de que, cuando ella regresó a su domicilio, no pudo entrar porque aquél había dejado la llave puesta (sin que conste la finalidad de esta acción) debiendo pedir a su marido que le abriera para poder acceder a su vivienda. En el transcurso de la referida discusión, Sonia agarró a su marido por los pelos, a la par que él le propinaba un cabezazo a ella en la nariz, iniciándose un forcejeo entre ambos durante el cual, el procesado la sujetó por las muñecas mientras ella le arañaba en los brazos. Como consecuencia de estos hechos, Sonia sufrió lesiones consistentes en contusiones varias, dolor a la palpación en la región frontal, nasal y malar izquierda, así como discretos signos inflamatorios y dolor en ambas muñecas, para cuya sanidad no requirió más que de una asistencia facultativa, tardando en curar cinco días no impeditivos, sin secuelas. De igual modo, el procesado sufrió arañazos en ambos brazos para cuya curación no requirió de asistencia facultativa, sin que consten los días que tardaron en sanar. Terminada la discusión, los dos miembros de la pareja se dirigieron al dormitorio con la intención de mantener relaciones sexuales, a las que Sonia accedió. Sin embargo, el procesado no lograba mantener la erección, lo que impedía consumir la penetración, introduciendo el mismo en ese momento los dedos en el interior de la vagina de su mujer, a lo que ella se negó, propinándole un empujón y abandonando tanto el dormitorio como la vivienda, a fin de pedir ayuda a su vecina Lorena, quien la tranquilizó, le facilitó ropa y llamó a la Policía. No consta que con anterioridad a la introducción de los dedos en la vagina de su mujer, ésta hiciera constar al procesado oposición alguna a las relaciones sexuales que habían iniciado de mutuo acuerdo.

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a José María como autor de una falta de lesiones precedentemente definida, [...] Por el contrario, debemos absolver y absolvemos a José

María del delito de violación y del delito de lesiones en el ámbito familiar que se le imputaban [...]

3

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado [...]

4

El **recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por **indebida inaplicación de los arts. 153.1 y 3 del C. Penal**. Breve extracto de su contenido: La Audiencia Provincial después de describir en los hechos que declara probados, un episodio de agresión del acusado a su esposa, del que se derivaron lesiones para ésta, absuelve del delito de que venía acusado por el M. Fiscal, y lo condena, sin embargo, como autor de una falta prevista en el art. 617.1 C.P. [...]

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### PRIMERO

El **Ministerio Fiscal recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XX), formulando un solo motivo** al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por estimar que el Tribunal a quo incurre en error de derecho por **indebida inaplicación del art. 153.1 y 3 C.P. [...]**

### SEGUNDO

La sentencia impugnada absolvió al acusado del delito de violación que le venía siendo imputado, así como del delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1 y 3 C.P. del que también se le acusaba y le condena como autor de una falta de lesiones del art. 617.1 C.P. Este último pronunciamiento es el que combate la acusación pública (la acusación particular no recurre, limitando su actuación a adherirse al recurso del Fiscal).

**Argumenta la parte recurrente que las conductas agresivas del varón sobre las personas mencionadas en los artículos cuya aplicación se demanda, en todo caso, deberán ser enmarcados en el ámbito de la violencia de género, y por ende incardinados en los artículos referidos, señalando el tenor literal del art. 153, que solamente exige la realización de la acción de menoscabo psíquico o lesión no constitutiva de delito del hombre sobre la mujer que sea o haya sido su esposa o que esté o haya estado ligada al autor por una relación análoga, sin más.**

**Menciona en apoyo de su tesis que el bien jurídico protegido en el tipo es no sólo la integridad física, psíquica, sexual y moral de la mujer, sino también la paz familiar, esto es, el respeto que cada miembro de la pareja merece en su conjunto y de forma individualizada como parte de la misma, de forma tal que toda agresión merece un plus de punición que únicamente se colmaría con la pena que conlleva la calificación del hecho como delito y no la escasa penalidad de los hechos ni merecieran la consideración de falta.**

Y, además de citar determinados preceptos de la Ley contra la Violencia de Género, trae a colación la STS nº 58/2008, de 25 de enero, que revoca la sentencia precisamente de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona ante el recurso

formulado por el Ministerio Fiscal, en un supuesto de agresión mutua que la Sala consideró como falta y la Fiscalía como delito.

### TERCERO

**La razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 C.P. se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que -como establece el art. 1.1 de la misma-, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges.....".**

Es importante subrayar que **todas las disposiciones adoptadas por el legislador - entre ellas la modificación del art. 153 C.P.- tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, "... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa" (STC nº 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que "la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ..... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada".**

**Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley - cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer .....".**

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

Pues bien, todo lo expuesto avala la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el "animus" que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que - debe repetirse una vez más- la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo.

Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación de respetar los mencionados derechos fundamentales del acusado, valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito.

Así lo ha hecho en el presente caso el Tribunal de instancia, resultando de la actividad probatoria el relato fáctico que figura en la sentencia objeto de este recurso de casación, al que hay que atenerse en todo su contenido, orden y significación para resolver el motivo formulado por el recurrente al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . Y lo cierto es que **en el "factum" no se describe una situación de maltrato habitual del acusado hacia su esposa (que, en todo caso constituiría el tipo del art. 173 C.P., por el que no fue acusado ni por el Fiscal ni por la acusación particular), sino una única agresión por el acusado en el seno de una trifulca matrimonial inicialmente verbal "... que degeneró en una agresión física comenzada por ella,** según su propia versión, al afirmar, haberlo agarrado por los pelos a él, quien en respuesta a su acción le propinó un cabezazo en la parte superior de la nariz ...." explica la sentencia en su fundamentación jurídica. **Es decir, una agresión mutua pero iniciada por la mujer** al agarrar del pelo al acusado que generó la reacción violenta de éste, reacción en la que no puede descartarse un componente de represalia, pero tampoco un modo de defenderse del ataque del que estaba siendo objeto.

**En este escenario fáctico, y en sintonía con las consideraciones que han quedado consignadas en esta resolución, el Tribunal a quo rechaza la subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 153 C.P., señalando que éste obedece a una finalidad de la norma dirigida a otorgar la máxima tutela a aquellas personas que, dentro del ámbito familiar o doméstico, se ven sometidas a situaciones de discriminación y dominio por parte de los convivientes o ex convivientes,** unas personas que, con alarmante frecuencia, vienen a engrosar las ya de por sí elevadas estadísticas de la violencia doméstica, pretendiendo, como reza en la propia exposición de motivos de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre , de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuando, luchar eficazmente contra las diversas manifestaciones de la relación desigual existente entre hombres y mujeres, por la que éstas se encuentran en una situación de subordinación, y articulando una serie de medidas destinadas a tal fin, como forma de dar respuesta firme y contundente contra este fenómeno a través de ciertos tipos penales específicos como el que aquí nos ocupa. Y partiendo de estas premisas, expone que **"es posible excluir la aplicación de este tipo penal, y acudir en consecuencia a otro tipo de calificación únicamente en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación, trasladando la conducta de las previsiones específicas del 153 a la falta ordinaria del artículo 617.1 ó 2 del Código Penal .** Y esto es lo que ocurrió en el episodio enjuiciado donde, a raíz de la discusión existente entre el matrimonio, se produjo una

agresión, durante la cual, según la versión de la mujer, primero ella lo atacó a él, agarrándolo de los pelos; y segundo, él a ella, dándole un cabezazo en la nariz, y después, agarrándolo ella de las muñecas, y arañándolo en los brazos".

Si, como hemos establecido líneas atrás, **la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles, habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediación y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracteriológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes.** Así lo ha entendido el Tribunal sentenciador excluyendo argumentadamente que la agresión mutua de marido y mujer se hayan producido en un ámbito de "violencia machista" en una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada que esta Sala de casación carece de motivos para invalidarla.

Para finalizar, un comentario a la sentencia de esta Sala que invoca la parte recurrente en apoyo de su pretensión: en ella se dice que **"La Audiencia argumenta que tal automatismo -la elevación de los hechos antes calificados como de falta y ahora de delito- no es posible, dado que podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 C.P. por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger"**. En función de tal razonamiento el Tribunal a quo, sanciona las lesiones como falta del art. 617.1 C.P .

Pero el fundamento de la subsunción que hace el T.S. al aplicar el art. 153 C.P. radica en lo que la propia sentencia resalta al indicar que "la situación de dominio exigible en tales situaciones está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. Nótese que en el primero de ellos, como acertadamente expone el M<sup>a</sup> Público recurrente, la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o en segundo, la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma se pretende imponer una situación de sumisión en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en la que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo".

Es claro y patente que el escenario fáctico no es comparable en absoluto con el supuesto objeto de este recurso.

El motivo debe ser desestimado.

### **III. FALLO**

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal ,**

contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Veinte, de fecha 21 de enero de 2.009, en causa seguida contra el acusado José María por falta de lesiones. [...]