

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre de 2009

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 629/2009

Ponente Excmo. Sr. DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Veinte, que condenó al acusado Jose María por una falta de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también partes recurridas el acusado Jose María representado por el Procurador Sr. Muñoz Barona y la Acusación Particular Sonia representada por el Procurador Sr. Castro Casas.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Arenys de Mar instruyó sumario con el n.º 1 de 2.007 contra Jose 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 Jose María, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba casado con Sonia, manteniendo el matrimonio el domicilio familiar en la CALLE000, n.º 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 impositivos, 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 Jose María como autor de una falta de lesiones precedentemente

definida, a la pena de diez días de localización permanente, así como a la prohibición de comunicación y acercamiento a su ex mujer, Sonia, a su domicilio, y lugar de trabajo a una distancia inferior a doscientos metros, por tiempo de seis meses, y al pago de la mitad de las costas procesales causadas, con inclusión expresa de las de la Acusación Particular. Por el contrario, debemos absolver y absolvemos a Jose María del delito de violación y del delito de lesiones en el ámbito familiar que se le imputaban, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio el pago del resto de las costas procesales. Notifíquese esta sentencia a las partes y a los perjudicados y hágaseles saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

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, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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.

5.- Instruidas las representaciones de las partes recurridas del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, la representación de la acusación particular se adhirió al mismo y la representación del acusado impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por tiempo correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de noviembre de 2.009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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.º 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.

Como siempre que se impugna una sentencia por el cauce del precepto citado, resulta inexcusable el respeto y acatamiento más absoluto al hecho probado para dilucidar la corrección o incorrección de la subsunción jurídica de aquéllos efectuada por el Tribunal sentenciador.

El relato histórico de la sentencia declara probado que "el procesado Jose María, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba casado con Sonia, manteniendo el matrimonio el domicilio familiar en la CALLE000, n.º 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 impositivos, 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".

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 n.º 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 n.º 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC n.º 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. 849.1.º 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.^a 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 Jose María por falta de lesiones. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Julian Sanchez Melgar, A LA SENTENCIA 1177/2009, DE 24 DE NOVIEMBRE, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 629/2009.

Respetuosamente discrepo de la decisión mayoritaria de la Sala, al desestimar el recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal en este caso, que, a mi entender, lo era de violencia de género, producido por un encontronazo entre el marido - acusado- y su esposa, en el curso del cual, dentro de la discusión descrita en el "factum", la mujer le agarra 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, la esposa sufrió lesiones consistentes en contusiones varias, dolores y discretos signos inflamatorios, que precisaron una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico.

La sentencia recurrida condena al ex-marido como autor de una falta de lesiones (del art. 617.1 del Código penal) y le impone una medida de alejamiento, con prohibición de comunicación y acercamiento a su-mujer por tiempo de seis meses.

El art. 153.1 del Código penal, reformado por LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone que "el que por cualquier medio o procedimiento causare... una lesión no definid[a] como delito en este Código,... cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia", será castigado como autor de este delito. Agravándose la penalidad en caso de ocurrir los hechos en el domicilio de la víctima (apartado 3), y con posibilidad (apartado 4), de imponer menor penalidad, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (pena inferior en grado).

Aunque estoy de acuerdo en interpretar este precepto de conformidad con los postulados de la antedicha Ley Orgánica 1/2004, y entre ellos, entender la violencia de género como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean, o hayan sido, sus cónyuges o de quienes estén o han estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, no es menos cierto que tal Ley, igualmente determina que la violencia de género

comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Ciertamente, al redactar el precepto comentado, el legislador, por las razones que sean, no ha trasladado esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión, no definida como delito en el Código penal para que adquiera esta consideración delictiva, cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, que es el caso enjuiciado.

Que aquí se ha causado una lesión de esas características, está fuera de toda duda, porque la sentencia recurrida precisamente condena al acusado como autor de una falta definida en el art. 617.1 del Código penal.

Que el autor es criminalmente imputable y la conducta es típica y antijurídica, también está fuera de duda, pues no se le aplica ninguna suerte de atenuación por un comportamiento supuestamente defensivo -en otras palabras, no concurre la eximente ni completa ni incompleta de legítima defensa- y, es más, los jueces "a quibus" optan, a la hora de individualizar la sanción penal aplicable por la pena privativa de libertad, y no por la multa, legalmente prevista en mencionado precepto del Código penal.

Que existe cierto riesgo al menos de reiteración delictiva, se comprueba con la pena de alejamiento y prohibición de comunicación impuestas.

Y sobre el presupuesto de falta de desigualdad entre los cónyuges, que es la causa de no aplicación del tipo incluido en el art. 153.1 del Código penal, se razona en la sentencia recurrida, y se acepta por la nuestra, que lo es "en aquellos casos -como en éste- 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".

Desde mi punto de vista, este elemento de riña mutua, o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado por el Ministerio Fiscal. Excluida la legítima defensa en cualquiera de sus grados, la acción conjunta y recíproca, diríamos en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de ambos miembros de la pareja en su mutuo acometimiento físico, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, recordemos unidos en pareja, o por razón de esa ligazón, de la comisión de un delito de violencia de género, que se define en mencionado precepto punitivo, de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Adentrarse por la vía de la interpretación valorativa en cada caso concreto enjuiciado acerca de cuándo existe desigualdad o relación de subordinación o dominación, o una situación de discriminación, exige un mayor componente de resultancias fácticas, que se encuentren muy acreditadas, más allá de la simple determinación de que una pelea mutua, o "trifulca matrimonial", si se quiere, neutraliza la aplicación de este tipo. Lo propio podríamos decir respecto a una supuesta desigualdad cultural, económica, educativa, juvenil, incluso resultante de componentes físicos, etc. El legislador ha tratado de objetivar la violencia de género a la ejercida por el varón sobre la mujer, en el ámbito de la pareja, y ello, al parecer, por razones estadísticas o históricas. No nos corresponde a nosotros el enjuiciamiento sobre el acierto de este componente sociológico, y es más, a pesar de las razonables dudas de constitucionalidad de una medida de discriminación positiva en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional las despejó en sentido negativo, no sin posturas discrepantes en el seno del mismo. Así las cosas, la interpretación del precepto, cuya aplicación se reclama por el Ministerio Fiscal, no admite, a mi juicio, y con todo el respeto a la decisión mayoritaria, internarse por esos caminos de una inexistente desigualdad cuando la agresión es mutua, como ocurre en este caso.

Sin embargo, era perfectamente posible la aplicación del tipo atenuado, en función de esas circunstancias, a que se refiere el apartado 4 del art. 153 del Código penal, rebajando la penalidad en un grado.

En consecuencia, el motivo debió ser estimado.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.