

Inexistencia de violencia de género en las agresiones en parejas homosexuales

Por Vicente Magro Servet

Doctor en Derecho

Magistrado

Sala Segunda del Tribunal Supremo

La Ley Penal, Nº 138, Sección Práctica penal, Mayo-Junio 2019, Wolters Kluwer

LA LEY 8466/2019

Resumen

Análisis de casos de agresiones o hechos de maltrato en parejas homosexuales, y sobre su consideración como violencia de género o como violencia doméstica. Competencia judicial para la instrucción de estas causas.

Palabras clave

Juzgados de Instrucción. Pareja homosexual. Violencia doméstica. Violencia de género.

Abstract

Analysis of cases of attacks or abuse in homosexual couples, and their consideration as gender-based violence or as domestic violence. Court jurisdiction for the investigation of these cases.

Keywords

Investigating Courts (juzgados de instrucción). Homosexual couple. Domestic violence. Gender-based violence.

I. Introducción

Sometemos a examen una de las cuestiones que surgió a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral en el caso de mujeres víctimas de maltrato en relación a si, por un lado, la competencia de los Juzgados de Violencia contra la mujer asumiría la de los casos de maltrato en parejas homosexuales (hombre o mujer), y si se aplicarían los preceptos específicos de violencia de género, o los generales en estos casos.

Este tema ha sido objeto de polémica en tanto en cuanto en algunas resoluciones judiciales se han venido excluyendo estos casos de la violencia de género. Se ha manifestado que, en el caso de las parejas homosexuales, existía una desprotección a la víctima (hombre o mujer) si entre ellos se daban algunos de los casos que, cuando suceden entre hombre y mujer y el primero es el agresor, se tratarían como de violencia de género, cuestión ésta que no es cierta, ya que se trataría de un caso de violencia doméstica y como tal tiene protección penal, como existe en otros tipos de violencia, y lo sería ante los Juzgados de instrucción, y más tarde juzgados ante un Juzgado de lo penal o ante la sección penal de la Audiencia Provincial que corresponda, sin que, por ello, tenga por qué estar atribuida a la sección especializada en violencia de género, ya que ésta solo es competente por exclusividad para los supuestos en los que el sujeto activo es un hombre y la víctima es una mujer. Y éste fue el objetivo de la reforma del Código Penal cuando se fueron introduciendo los diferentes tipos penales para proteger a la mujer de las agresiones, amenazas o coacciones causados por su pareja, o su ex pareja, varón.

A este respecto podemos concluir que no se puede hablar, por ello, de que existe desprotección de los miembros de las parejas homosexuales, ya que el Juez de instrucción puede conceder a la mujer que haya sido agredida por su pareja mujer las mismas medidas cautelares que si la agresión se la hubiera causado su pareja varón, aunque utilizando distinto precepto en el marco procesal penal, ya que en los casos de parejas homosexuales se aplica el art. 544 bis LECRIM y en las parejas heterosexuales siendo el agresor el varón el art. 544 ter LECRIM, pero pudiendo adoptarse las mismas, es decir, el alejamiento, la prohibición de comunicación, etc. La crítica a esta derivación a los Juzgados de instrucción de las agresiones o actos de maltrato entre parejas homosexuales viene motivada por la errónea creencia de que un Juzgado de instrucción va a otorgar menor protección a la mujer u hombre cuando el agresor ha sido una persona de su mismo sexo, cuando en realidad las medidas penales y procesales penales son las mismas en ambos casos, aunque con diferente ubicación sistemática en el texto legal.

Hay que recordar que el preámbulo de la Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 señala: «La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión.» Pero la filosofía de la norma está construida bajo la idea de que el sujeto activo sea un varón por la posición de desigualdad existente, y que éstos quieren imponer sobre la víctima mujer, quedando el ámbito del Juez de instrucción para cuando el sujeto activo sea una mujer y el sujeto pasivo también en una relación de pareja y obviamente también cuando ambos sean varones. Así, se establece en el artículo primero de la LO 1/2004 que su objeto es «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y **las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». En ella se incluye todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Es decir, que los tipos penales relativos a la violencia de género están contruidos sobre la idea de que el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo una mujer.

Si comprobamos la literalidad de los preceptos que sancionan los hechos de violencia de género, vemos que el artículo por referencia, que es el 153.1 CP, establece que el sujeto activo del delito es el hombre y el sujeto pasivo la mujer, cuando entre ellos existe relación matrimonial o de hecho, aún sin convivencia. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pues el artículo contiene un sujeto activo varón, ya que lo que se pretende con la Ley es la erradicación de la violencia de género, es decir, la que sufre la mujer por parte del hombre. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 59/2008, donde establece que la mayor penalidad cuando el sujeto activo es el hombre no vulnera el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución española, pues la violencia de género que se pretende erradicar justifica ese trato discriminatorio.

En cualquier caso, sea como fuere, que los hechos cometidos entre parejas o ex parejas hombre o mujer entre sí no corresponden en su conocimiento a los Juzgados de Violencia contra la mujer, y como consecuencia no son hechos de violencia de género, lo recuerda la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, Auto de 19 de abril de 2006, rec. 34/2006, en un tema sometido a su conocimiento sobre la competencia de la sección especializada en violencia de género, recogiendo que «la competencia de esta Sala especializada tan solo alcanza a aquellos asuntos que constituyen la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y que como queda reflejado más arriba requieren cuando se trata del ámbito originario, que la víctima sea una mujer. Interpretando el sentido del precepto es criterio de esta Sala que no puede comprenderse entre los sujetos pasivos o víctimas al varón homosexual, en sentido coincidente el criterio

aprobado por Magistrados de Audiencias Provinciales pertenecientes a secciones especializadas en violencia de género en seminario celebrado en Madrid del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2005». Y es que, en efecto, en este congreso de Jueces se llegó a esta conclusión que no atribuía la competencia, en casos de violencia entre hombres y mujeres con parejas o ex parejas homosexuales, a los Juzgados de violencia contra la mujer, sino a los Juzgados de instrucción. Este mismo criterio restrictivo lo sostiene la Fiscalía General del Estado, al señalar la Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que «la dicción literal del art. 1 LO 1/2004 implica que **las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección», aunque sí será de aplicación «a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer».**

Con ello, veremos que la competencia para la instrucción de los hechos de maltrato en parejas homosexuales, sea entre hombres o entre mujeres, es del Juzgado de instrucción, no del JVM, y los hechos que entre ellos se cometan no serán considerados como de violencia de género, sino de violencia doméstica por estar incluidas las parejas homosexuales, eso sí, en los supuestos del art. 173.2 CP.

II. Consideración de la exclusión del concepto de violencia de género por el observatorio de violencia doméstica y de género del CGPJ

En la «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género», elaborada por el grupo de expertos del Observatorio de Violencia doméstica y de género del CGPJ, se trata de forma específica este tema en el punto III.1, señalando, a la hora de diferenciar la violencia doméstica de la de género, que «La violencia de género, por su parte, es la violencia o las diferentes violencias inferidas por hombres contra mujeres por el mero hecho de ser mujeres y constituye manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales. Es una de las manifestaciones paradigmáticas de la discriminación ancestral de las mujeres y supone una clara vulneración de sus derechos humanos. La más relevante, cuantitativamente, tiene lugar en el ámbito de convivencia o relación familiar, muy especialmente en el ámbito de la pareja o ex pareja. Ésta tiene en común con la violencia doméstica, exclusivamente, el ámbito o el lugar en que se desarrollan sus manifestaciones más numerosas. No guarda relación con situaciones de vulnerabilidad vinculadas con un déficit de capacidad jurídica o con circunstancias de debilidad biológica (que explica la violencia contra menores o contra ascendientes). Se corresponde exclusivamente con una 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. El sujeto activo siempre será varón y el pasivo mujer».

Con ello, podría entenderse que en estos casos la competencia para la instrucción de los delitos entre parejas homosexuales corresponderá en principio a los Juzgados de instrucción.

III. Los hechos de maltrato entre parejas homosexuales deben derivarse a la violencia doméstica

Sobre este tema veremos luego en el análisis de la jurisprudencia que hay algunas posiciones jurisprudenciales que entienden que estos casos no serían ni violencia de género, posición ya consolidada, ni violencia doméstica, pudiendo ser considerados como falta hasta su derogación por la reforma del Código Penal por LO 1/2015. No obstante, la posición más extendida en la jurisprudencia es que se trataría de actos de violencia doméstica. Y ello por una razón muy evidente, ya que, mientras que los preceptos de violencia de género refieren y castigan a «el que...» para referirse a la agresión del hombre sobre la mujer, ya que configuran el sujeto pasivo siempre y en cualquier caso para referirse a «cuando **la ofendida sea o haya sido esposa...**», es decir, en femenino. No obstante, en los arts. 153.2 y 171.5 CP se refiere, en los supuestos de violencia doméstica, a los casos de personas, como víctimas, comprendidas en el art. 173.2 CP y

en éste se hace mención a los actos contra «quien haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad...», lo que quiere decir que no discrimina entre hombre o mujer en el sujeto pasivo del delito, lo que debe llevar a entender que estos casos de agresiones entre parejas homosexuales sí que tienen perfecta cabida en los casos de violencia doméstica, en los que no se pone el énfasis en el sexo del sujeto activo ni pasivo, sino más bien en la especial relación que exista o haya existido entre la pareja, bien conyugal, y puede serlo en parejas homosexuales, bien de pareja análoga a la matrimonial aun sin convivencia y actual o pasada, por lo que no cabe calificar los hechos como falta, pese a que en alguna resolución judicial sí que se han derivado, excluyéndolos de su calificación como de violencia doméstica, aunque vemos claramente cómo la dicción de los arts. 153.2 y 171.5, en relación con el art. 173.2 CP, permiten su ubicación como casos de violencia doméstica y su derivación, por consiguiente, a los Juzgados de instrucción.

En esta línea se mueve la jurisprudencia, destacando la admisión de las parejas homosexuales en los delitos de violencia doméstica, entre otras la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 2ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2012, rec. 457/2012, que señala que se exige que «la víctima sea una de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CP. La especial vinculación o relación subjetiva de afectividad análoga al matrimonio que exige el precepto entre sujeto activo y pasivo, *no excluye la posibilidad de que se trate de personas del mismo sexo y por tanto admite las relaciones homosexuales siempre y cuando aquellas estén presididas por una situación de afectividad análoga o asimilada a la relación matrimonial*».

IV. Análisis de este hecho por la Audiencia Provincial de Cantabria en sentencia de 2 de mayo de 2010

Una de las resoluciones más relevantes en este tema fue la que dictó con fecha 2 de marzo de 2010 la Audiencia Provincial de Cantabria por medio de su sección 3ª, especializada en violencia de género. En este caso, el Juez de lo penal, en un caso de agresiones en pareja homosexual de mujeres, en el que una de ellas había agredido a la otra, condenó por violencia doméstica, aunque en un principio condenó por violencia de género (artículo 153.1 del Código Penal), pero tras instar la Fiscalía aclaración, dictó Auto de rectificación, en el que sustituía el artículo 153.1 por el 153.2 (violencia doméstica), para defender que su decisión anterior no había sido fruto «de un desvarío», sino que el supuesto enjuiciado era «un caso claro de violencia de género», y que la suya era «una de las interpretaciones posibles» de la ley. El Juez de lo penal concluye que «Nos encontramos ante un caso claro de violencia de género, y más en el presente caso, en el que la agresora desarrolla un rol dominante, de forma libre y voluntaria, y por ende se pone de forma consciente y voluntaria en la descripción típica contenida en el tipo penal que se señala».

Sin embargo, la Audiencia Provincial, aunque confirma la Sentencia, incide en las observaciones que había realizado el Juez de lo penal con respecto a que no podía condenar por el art. 153.1 CP (violencia de género) porque no había sido objeto de acusación, para concluir que, de acuerdo con la ley, ese delito sólo lo puede cometer un hombre contra una mujer que sea o haya sido su pareja, «de ahí la denominación de violencia de género», aunque cabe aplicar las mismas penas con independencia del sexo del agresor cuando la víctima es una persona con la que convive y que es especialmente vulnerable, por enfermedad o discapacidad. La Audiencia insiste en que, si el autor de la agresión es una mujer, «se aplicará siempre el artículo 153.2 (violencia doméstica), aunque la víctima sea su esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad y en el caso que ahora nos ocupa, de actos de violencia doméstica entre esposos, o personas ligadas por relación afectiva análoga, del mismo sexo, indiferentemente de cuál sea éste, tales actos se incardinarán en el artículo 153.2».

V. Posición de la jurisprudencia al respecto

Ya hemos expuesto que la jurisprudencia rechaza ubicar estos hechos en los casos de violencia de género, ya que los tipos penales están contruidos sobre la idea de que el sujeto activo es un hombre y el pasivo una mujer. Así lo señalan los preceptos penales, así consta en el preámbulo de la LO 1/2004 y en el art. 1 de la propia Ley, y así lo ha expuesto el propio TC al referirse a la posible discriminación que pudiera existir entre los preceptos relativos a la violencia de género con relación a los de violencia doméstica en razón a su penalidad. Veamos, pues, cómo ha venido delimitando la jurisprudencia estos casos.

1. Agresión de una mujer a su ex pareja mujer: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2004, rec. 504/2004: **violencia doméstica**

«La acusada había mantenido una relación afectiva estable durante varios años con Amparo, por lo que puede decirse que concurría una análoga relación de afectividad a la del matrimonio, al haber convivido ambas en un mismo domicilio - *vide* declaración de la acusada al folio 36 y declaración de la denunciante Amparo al folio 2 que reconoce que había convivido durante cinco años y ocho meses con su ex pareja Celestina.. Por ello no hay duda de que pueda aplicarse el art. 153 CP al caso de autos, estableciendo la STS de 26 de junio de 2000: "Norma penal, la aludida, creada con la finalidad de proteger a las personas más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno".»

Vemos que lo que hace es ubicarlo en el art. 153.2 CP como hecho de violencia doméstica, por referirlo este precepto con relación al art. 173.2 CP y éste no distingue entre hombre o mujer en los sujetos activo y pasivo.

2. Agresión de un hombre a su pareja hombre. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Sentencia de 6 de marzo de 2012, rec. 11799/2011: No violencia de género.

«Por tratarse de una pareja homosexual —dos hombres—, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese "género" es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre».

De forma categórica, el Tribunal Supremo descarta que las agresiones entre parejas del mismo sexo sean hechos de violencia de género.

3. Agresión de hombre a su pareja hombre. Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2010, rec. 261/2010: Violencia doméstica.

«Los elementos estructurales del tipo del injusto del delito son, a primera vista, los siguientes: Se discute si se trata de un delito especial, propio o impropio, o incluso —si se acepta la categoría— de un delito común delimitado subjetivamente en función de la concurrencia de una determinada relación interpersonal, puesto que los roles de autor y de víctima es establecen en cuanto uno y otra está ligados por un concreto nexo personal que, en el caso de la primera modalidad típica, conduce a que **sólo pueda ser sujeto activo un hombre y pasivo una mujer que sea o haya sido esposa**, o mujer que esté o haya estado ligada a él (uso del masculino que impediría extender la fórmula genérica «el que» al caso del matrimonio homosexual entre dos mujeres) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, mientras que en la segunda modalidad no está tan claro puesto que sólo se requiere que se trate de una persona especialmente vulnerable (cualquiera que sea su sexo) que conviva con el autor, aunque una vez más se suscite duda acerca del alcance semántico de esta fórmula lingüística».

4. Agresión de mujer a su pareja mujer. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, Sentencia de 1 de julio de 2009, rec. 121/2009: Falta de malos tratos del art. 617.2 CP.

«La conducta de la acusada se sanciona aplicando el art. 153 del CP, en atención a la relación sentimental que mantenía con la víctima. Por ello, no resulta posible aplicar el párrafo 2º del art.

153 del CP, pues la víctima no es ninguno de los sujetos pasivos recogidos en el art. 173.2º del CP. El único precepto aplicable sería el apartado 1º del art. 153 del CP; se trata de un maltrato en el ámbito de una relación sentimental. Y el sujeto activo del delito sancionado en el art. 153 del CP sólo puede ser el hombre, añadiéndose, además, que la conducta suponga una manifestación de discriminación frente a la mujer, y de una situación de desigualdad en la relación entre el hombre y la mujer. En este caso la acusada no puede ser sujeto activo del delito; además no hay indicio alguno de la existencia de una situación de inferioridad de la víctima, la cual diera lugar a una situación de poder sobre la misma por parte de la acusada. Los hechos que declara probados la Sentencia sólo constituyen una falta de malos tratos prevista y penada en el art. 617.2º del CP, por la que debe imponerse la pena de 10 días multa con cuota diaria de 6 euros, en atención a los ingresos de la acusada».

Aquí, esta Audiencia considera que las agresiones entre parejas homosexuales no tienen cabida en el art. 153.2 tampoco y lo degrada a falta por entender que no tienen entrada en el art. 173.2 CP.

5. Tribunal Supremo. Sentencia de 4 de noviembre de 2009 (por referencia a las del TC, Plenos de éste, en SSTC de 24 de julio de 2.008 y de 19 de febrero de 2.009): Descarta que la agresión entre pareja hombres sea caso de violencia de género.

«La relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo, máxime teniendo en cuenta que las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 171.4 CP, en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la LO 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por vulnerar los arts. 9.3 y 10, 14, 24.2 y 25 CE (en una de las cuales se aducía precisamente, como ejemplo de discriminación por omisión, el que la Ley no contemple los actos de violencia cometidos en una pareja estable homosexual, con lo que, en todo caso, estarían excluidos de los arts. 153.1 y 171.4º CP los supuestos de parejas homosexuales masculinas), han sido todas ellas desestimadas por distintas resoluciones del Alto Tribunal y, en concreto, por las dictadas por los Plenos de éste en SSTC de 24 de julio de 2.008 y de 19 de febrero de 2.009, en la que se recalca —entre otras consideraciones— que el art. 171.4 no vulnera ninguno de los valores constitucionales que se protegen en los preceptos invocados por los proponentes, señalando que el artículo del Código Penal cuestionado, que establece paladinamente como autor del hecho punible a un hombre y como víctima a una mujer, se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, "que el legislador entiende como insuficientemente protegid[a]s en el ámbito de las relaciones de pareja", y "la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito" (STC 59/2008, F.8). El Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de la norma afirmando que ésta no vulnera ninguno de los principios constitucionales cuestionados, y, en particular el de igualdad proclamado por el art. 14 CE, y reitera que la finalidad del precepto es la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las mujeres que el legislador entiende insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad».

Debe hacerse notar que, aunque la Sentencia haga mención a «pareja homosexual masculina», no puede entenderse que si la pareja homosexual fuera femenina sí que tendría entrada la violencia de género, ya que en cualquier caso el sujeto activo tiene que ser un hombre. Lo que ocurre es que este caso que trata el TS se refería a un supuesto de agresión en pareja homosexual masculina.

6. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, Auto de 9 de diciembre de 2009, rec. 2425/2009: Los hechos de maltrato en pareja homosexual no son competencia del Juzgado de Violencia contra la mujer.

«La propia relación de afectividad con el denunciado y que hace dudar de la competencia del Juzgado de violencia sobre la mujer para el conocimiento de los hechos, ello habida cuenta de la poderosa razón dada por el denunciado al manifestar que es homosexual». Con ello, la AP descarta la competencia del JVM en estos casos debiendo derivarse al Juzgado de instrucción.

7. Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, Auto de 8 de marzo de 2010, rec. 91/2010: Violencia doméstica.

En este caso, la AP consideró que los hechos se referían a una agresión de un varón sobre su pareja transexual, pero que en realidad era un hombre, es decir, no alterada su condición inicial de hombre a mujer. Por ello, atribuye la competencia a los Juzgados de instrucción, no a los de VM, al señalar que «la identidad sexual de la víctima es legalmente la de un varón, por lo que no es competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento de la causa. La duda que surge es si cabe una interpretación extensiva de la regulación penal a otros supuestos en los que la delimitación subjetiva de la norma no es tan clara. Nos referimos a casos de relaciones de corta duración, de noviazgo, a parejas homosexuales, y también al caso que aquí nos ocupa, en el que la víctima es un transexual. Y, en cuanto a las relaciones homosexuales se viene entendiendo que, en estos casos, la víctima podría ser considerada como "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" y por ello quedar en el ámbito del art. 153 CP. Lo que viene siendo en todo caso una constante es que no se lleva a cabo una interpretación extensiva de los requisitos del tipo del art. 153 CP y por ende de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer, por entender que las consecuencias penológicas de esta interpretación amplia o expansiva son claramente más graves para el reo. Y sobre esta base, y dado que no constan a esta Sala pronunciamientos judiciales previos que pudieran ofrecer criterios de decisión, consideramos que tampoco en este caso debe hacerse una interpretación extensiva del elemento subjetivo del tipo penal (en este caso del art. 171,4º CP)».

