



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

Curso 2016/2018

**LA ANÁLOGA RELACIÓN DE
AFECTIVIDAD SIN CONVIVENCIA
EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA
DE GÉNERO**

Ester Málaga Bermejo

Marta del Pozo Pérez

Noviembre 2017

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**LA ANÁLOGA RELACIÓN DE
AFECTIVIDAD SIN CONVIVENCIA
EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA
DE GÉNERO**

**THE ANALOGOUS AFFECTIVITY
RELATIONSHIP WITHOUT
COHABITATION IN THE CRIMES
OF GENDER VIOLENCE**

**Ester Málaga Bermejo
Malagabermejoester47@gmail.com**

Marta del Pozo Pérez

RESUMEN

En este trabajo nos centraremos en la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a la hora de conocer aquellos delitos de violencia de género cometidos por un hombre contra una mujer *que sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*. Siendo el objeto principal del trabajo analizar las diferentes interpretaciones acerca de esta compleja “análoga relación de afectividad sin convivencia” que varían desde la existencia de una perspectiva muy restrictiva, hasta una perspectiva más permisiva o dicho de otro modo, progresista, añadiendo un enfoque personal para interpretar la misma. Con dicho estudio vamos a observar también las diferencias existentes entre este tipo de relaciones que han de ser heterosexuales, con las relaciones homosexuales. Así como también vamos a ver la posible inclusión de las relaciones con personas transexuales y con menores de edad en los delitos de violencia de género.

PALABRAS CLAVE: ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD SIN CONVIVENCIA, JURISPRUDENCIA, VIOLENCIA DE GÉNERO, MUJER, HOMOSEXUALES, TRANSEXUALES, MENORES DE EDAD.

ABSTRACT

In this project the attention is focused on the competence of the Courts of Violence against Women, when it comes to knowing those crimes of gender violence committed *by a man against a woman who is or has been his wife, or a woman who is or has been linked to the author by analogous relationship of affectivity, even without cohabitation*. Being the main object of the work to analyze the different interpretations about this complex "analogous relationship of affectivity without cohabitation" that vary from the existence of a very restrictive perspective, to a more permissive or otherwise said, progressive perspective, adding a personal approach to interpret it. With this study we will also observe the differences between these types of relationships that have to be heterosexual, with homosexual relationships. As well as we are going to see the possible inclusion of the relationships with transsexual people and with minors in the crimes of gender violence.

KEYWORDS: ANALOGOUS AFFECTIVITY RELATIONSHIP WITHOUT COHABITATION, JURISPRUDENCE, GENDER VIOLENCE, WOMAN, HOMOSEXUAL, TRANSEXUAL, UNDERAGES.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO VIOLENCIA DE GÉNERO**
 - a. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, (el Convenio de Estambul).
 - b. Legislación española en relación a la violencia de género. La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- III. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER**
 - a. La competencia por razón de la materia
 - b. La competencia por razón de las personas
- IV. LA ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AÚN SIN CONVIVENCIA**
 - a. Jurisprudencia respecto a la “análoga relación de afectividad aun sin convivencia”
 - i. Jurisprudencia más conservadora, con criterios restrictivos
 - ii. Jurisprudencia más progresista, con criterios menos restrictivos
 - b. La análoga relación de afectividad en las relaciones extramatrimoniales
 - c. La análoga relación de afectividad entre adolescentes o menores de edad
- V. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES DE PAREJA HOMOSEXUALES Y EN LAS RELACIONES DE PAREJA CON TRANSEXUALES.**
 - a. Las parejas homosexuales.
 - b. Los transexuales y la violencia de género.
- VI. OPINIÓN AL RESPECTO DE LA ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD Y DE LA NECESIDAD DE UNA IGUALDAD DE TRATO A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES COMO FUTURA ABOGADA.**
 - a. Consideración personal de la análoga relación de afectividad
 - b. De la necesidad de tratar por igual a las parejas homosexuales en relación a la violencia de género
- VII. CONCLUSIONES FINALES**

- VIII. BIBLIOGRAFÍA**
- IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN**
- X. JURISPRUDENCIA**
- XI. RECURSOS WEB**

I. INTRODUCCIÓN

Para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, respecto de los delitos de violencia de género, se han de dar varios requisitos, entre ellos, que exista entre el sujeto activo del delito, es decir, el autor y el sujeto pasivo del mismo, es decir, la víctima, una relación. Dicha relación puede ser: relación conyugal, de pareja de hecho, o, una relación de análoga afectividad aun sin convivencia.

Hoy en día, sabemos que no es infrecuente que la mayoría de las parejas no lleguen a contraer matrimonio, ni lleguen a ser parejas de hecho como tal, y se limiten a la relación de noviazgo durante toda la vida. E incluso, hoy en día, sabemos que la sociedad se muestra cada vez más reacia a considerar una relación en pareja como un meta personal, cuántas veces hemos escuchado “no, si no es nada serio”, “sólo somos amigos”, “lo pasamos bien, y ya está” y un sinfín de expresiones entre personas jóvenes y quizás no tan jóvenes. Las relaciones actuales nada tienen que ver con las de antaño, ya no es necesario casarte para poder convivir, ni para tener hijos, o casarte y no tenerlos. Hay miles de modelos de relación, hay relaciones a distancia, relaciones abiertas, relaciones con varias personas a la vez de forma consentida, hay relaciones de amistad con escauceos románticos, etc.

El legislador, ha querido introducir en la competencia del Juzgado de violencia sobre la mujer relaciones que no son las clásicas, encajando en ella lo que se considera la “análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, de forma que se incluyen más modelos de relaciones con el fin de que puedan conocer de los delitos de violencia de género, los referidos Juzgados.

Jurisprudencialmente se plantea un problema y es entender qué tipo de relaciones han de estar incluidas en tal redacción, hay mucho debate acerca de la interpretación que ha de considerarse como la correcta, pronunciándose así las doctrinas más restrictivas y las más progresistas al respecto.

Esta relación mencionada, la “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” es el tema principal de este trabajo.

Con el fin de mostrar adecuadamente lo que se debate en este trabajo, he considerado necesario primero, entender qué es lo que se considera “violencia de género”, en términos generales y desde una perspectiva tanto internacional como nacional. Así, una vez entendido el concepto y la evolución que ha experimentado a lo largo de los años, y teniendo en cuenta la creación en 2004 de los órganos especializados en este tipo de violencia, es necesario saber que estos conocen de este tipo de asuntos de acuerdo a unos parámetros, es decir, analizaré también la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Una vez obtenido un concepto general y situándonos en el contexto concreto, ya podemos analizar lo que se considera “relación análoga de afectividad sin convivencia” y el por qué es fruto de tanto debate, para ello, me basaré en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que vienen de la mano de distintas Audiencias Provinciales, y del Tribunal Supremo.

Considerando una relación análoga de afectividad sin convivencia, como un elemento necesario para que exista un delito de violencia de género, se me plantea la duda de qué ocurre con aquellas relaciones que no están formadas por un hombre y una mujer, es decir, parejas homosexuales o parejas con personas transexuales. Así, como también se me plantea la duda de qué ocurre con aquellas relaciones con menores de edad, dada la dificultad de considerar esta relación análoga a una relación entre adultos. Por ello, trataré de analizar estos tipos de relaciones de forma objetiva, de acuerdo a diferentes artículos, libros, o circulares de la Fiscalía General del Estado.

Finalmente, como futura abogada, en pleno siglo XXI, me gustaría aprovechar la oportunidad de reflejar mi opinión en este trabajo acerca de las relaciones de hoy en día, ya no solo heterosexuales que son las que la ley protege de forma especializada, sino las relaciones homosexuales faltas, en mi opinión, de una protección eficaz en materia de violencia de género.

Me resulta muy interesante abordar el tema desde una perspectiva práctica, teniendo en cuenta, como ya he dicho, las diferentes interpretaciones de las Audiencias Provinciales españolas a la hora de resolver los recursos interpuestos con motivo de una supuesta indebida a la aplicación de los preceptos de violencia de género al considerar que sí existe relación entre el autor y la víctima, y desde el punto de vista del abogado que ha de defender el caso, de forma acusadora o en defensa del actor.

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Para saber qué entendemos por “violencia de género” es necesario desglosar tal expresión, la cual es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato de las mujeres.

Es una expresión que ha encontrado numerosas resistencias en quienes ponen el énfasis en la significación gramatical de la palabra “género”. Si hacemos alusión a la IV Conferencia Mundial de 1995 de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en Beijing, se considera que la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, así como también viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres, siendo un problema que incumbe a todos los Estados. En esta Declaración se define la violencia de género refiriéndose a ella como *“todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.”*

A continuación, hace referencia a las diferentes manifestaciones de violencia que pueden darse, entre ellas, la violencia física, sexual y psicológica en la familia, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la mutilación genital, etc. también habla de la violencia ejercida a nivel de la comunidad en general, como en instituciones educacionales (abusos sexuales, prostitución forzada...) y la violencia perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Además, la define ampliamente como *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. (...)”*

Si atendemos a esta definición entendemos que la violencia de género, es todo acto de violencia física o psicológica basada en el género. Sin embargo, no podemos deducir de esto, que toda violencia ejercida contra la mujer, se considere violencia de género, considerándose así únicamente aquel tipo de violencias que tienen sus raíces en las relaciones de género dominantes en una sociedad, por lo que puede existir confusión al respecto. Al igual que sucede, con la “violencia doméstica” y la “violencia de género”, términos que pueden dar lugar a confusión y que más tarde analizaremos sus diferencias.

La definición de violencia, la sabemos, pero creo que es preciso hacer una breve reseña a qué entendemos por “género” con el fin de entender la violencia objeto de este trabajo. “Género”, es una expresión gramatical, pero también es una construcción, categoría o instrumento intelectual de análisis de la realidad. Según GERNA LERNER

el género es “la definición cultural de la conducta que se considera apropiada a los sexos en una sociedad y en un momento determinado.” La distinción entre género y sexo ha servido de base para mostrar que algunas de las diferencias entre los sexos son naturales, pero que las desigualdades han sido construidas históricamente a lo largo de los siglos por una organización patriarcal y no están determinadas por la naturaleza¹.

Utilizando el término “género” como sinónimo de “sexo”, se limitan y se reducen las posibilidades de tratar realmente desde el género la desigualdad social de las mujeres, disociando lo que son, del lugar que ocupan o de la identidad que construyen sobre lo que son. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia de sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quién ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a los varones y mujeres. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la *perspectiva de género*, la cual es introducida en las nuevas leyes que pretenden proteger a la mujer de la violencia ejercida sobre ellas por su propia condición de mujeres².

Para entender con claridad el por qué de la necesidad de protección de la mujer en todo lo referente a la violencia ejercida contra ella, hay que mencionar la definición de “violencia de género” existente en los diferentes contextos, tanto internacionales como en el propio de la nación española.

a. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, (el Convenio de Estambul).

En un plano internacional, la violencia de género como concepto existe desde hace años y la Organización de las Naciones Unidas así lo ha venido reconociendo desde antaño, como expresé en el apartado anterior, considera la misma un freno para la consecución efectiva de la igualdad, desarrollo y paz, siendo evidente que tal violencia

¹ MONTALBÁN HUERTAS, I. “La ley integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial IV- 2006, p. 16.

² MAQUEDA ABREU, M^a. L, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 2.

tiene antecedentes culturales basados en la superioridad del género masculino sobre el femenino, aunque sí es cierto que hay otros miembros de los que forman una familia que pueden sufrir violencia, es la realidad social la que entiende que la mujer es la que más está expuesta, lo que ha provocado la necesidad de dar una respuesta contundente a este “fenómeno”.

En lo que respecta al ámbito internacional, el concepto de violencia de género es similar al que anteriormente hice referencia, es un concepto más amplio que el que entendemos dentro del ámbito nacional. Es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica, (llamado también el Convenio de Estambul³) el que da una definición de la misma, entendiéndola como aquella *“violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*⁴

En el artículo 3 c) del mismo Convenio, hace referencia al significado de la violencia contra la mujer por razones de género, a lo que se refiere como tal diciendo que es *“toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*. Podemos decir por tanto, que abarca todo tipo de violencia ejercida exclusivamente sobre la mujer, por el mero hecho de serlo o bien porque esa violencia se dirija directamente a ellas.

Internacionalmente, no se hace referencia a la procedencia de dicha violencia, pudiendo ser su origen de un hombre, pero también puede producirse en el ámbito laboral, en instituciones públicas, etc. (distinguiendo así también, la violencia de género de la violencia doméstica, que es aquella que se produce en un entorno familiar)⁵.

Además, teniendo en cuenta informes emitidos por las Naciones Unidas, como el Informe Anual del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género de 17 de noviembre de 2011, se amplía aún más el concepto, extendiendo la violencia de género no sólo a las mujeres como sujeto pasivo, es decir, como víctima de la misma, sino también a las personas homosexuales o transexuales por el hecho de serlo, incluyen lo que significa el

³ «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014.

⁴ Artículo 3 a). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el día 11 de mayo de 2011, y ratificado por España en abril de 2014, entrando en vigor el 1 de agosto del mismo año. Boletín Oficial del Estado, viernes 6 de junio de 2014.

⁵ RUEDA MARTÍN, M. *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*. Editorial Reus, 2012. p. 33.

término “género⁶” en sí, considerando que las agresiones que se dan sobre este tipo de personas, constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género.

Cuando España ratificó el Convenio de Estambul, dispuso en dicho instrumento de ratificación que “España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad”. Atendiendo al concepto internacional de mayor amplitud, y teniendo en cuenta que en España, la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja es la única especialmente regulada, dejando de lado otras formas de violencia que tiene como objetivo el Convenio proteger, así como prevenir, perseguir y eliminar⁷, haciendo mención en los art. 33 y siguientes del mismo, a la violencia psicológica, el acoso, violencia física, sexual, el matrimonio forzado, a la mutilación genital femenina, al aborto y esterilización forzados y al acoso sexual. Lo que nos hace replantearnos la ley nacional, (que posteriormente trataré) ya que el Convenio de Estambul establece unas obligaciones al Estado español, entre las que se encuentran adoptar las medidas pertinentes para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en su ámbito de aplicación y ofrecer una respuesta global a la violencia contra la mujer, así como la de garantizar una investigación y un procedimiento efectivos desde una perspectiva de género.

Nuestra Ley, deja fuera aquellas otras manifestaciones violentas discriminatorias, de manera que la respuesta especializada y la batería de medidas a favor de las víctimas que allí se contemplan no alcanzan a aquellas, que si bien son minoritarias en España, no son de menor gravedad⁸.

⁶ Definición de “género” por la R.A.E: “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico.”

⁷ Artículo 1 del Convenio de Estambul: “Los objetivos del presente Convenio son:

a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;

b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;

c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica;

d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;

e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.”

⁸ PERAMATO MARTÍN, T. “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº51, 2015, p. 11.

b. Legislación española en relación a la violencia de género. La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁹.

En lo que respecta al ámbito nacional español, la legislación española, entre otras, el Código penal, siempre ha castigado los actos de violencia a través de los tipos clásicos de homicidio, lesiones y delitos contra la libertad o integridad. Sin embargo, progresivamente, los actos de violencia que tienen lugar en el contexto de las relaciones domésticas, primero, y entre hombre y mujer, después, se desgajan del régimen general y pasan a tener un tratamiento autónomo en el Código penal.

La historia de la violencia doméstica y de género comienza con la búsqueda de el interés (“bien jurídico) diferenciado que se lesiona cuando sobre determinadas personas o en determinados contextos se realiza una conducta ya tipificada¹⁰.

La legislación española en torno a la violencia que hoy en día se considera de género, ha sufrido modificaciones a lo largo de la historia.

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal¹¹, introdujo el art. 425 por el que se tipificaba por primera vez el delito de violencia intrafamiliar, o el delito de violencia doméstica habitual, recogido dentro de las lesiones. Dicho delito presentaba tres características: la primera, el sujeto pasivo tiene que ser un “*cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho*”; la segunda característica, la habitualidad¹² y en tercer y último lugar, la violencia física. Esta ley, se puede considerar la base del sistema actual de protección a las víctimas de violencia doméstica y de género.

El nuevo Código Penal de 1995¹³, mantiene el mismo tipo penal que el anterior pero con un endurecimiento de la pena, castigando con una pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

⁹ Véase al respecto el libro de MAGRO SERVET, V. *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*, La Ley, Madrid, 2005. p. 99 y ss.

¹⁰ BOLEA BARDON, C. “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, p. 5.

¹¹ «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 1989 (derogado).

¹² En lo que respecta a la habitualidad, planteaba muchos problemas de interpretación, acudiéndose al art. 94 del Código Penal el cual consideraba reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en el mismo Capítulo, en un plazo no superior a dos años, y hayan sido condenados por ello.

¹³ Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.

Posteriormente, la LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴, tenía el propósito de mejorar el tipo penal otorgando mayor protección a las víctimas. Traslada el artículo al 153 y va a permitir una aplicación práctica real, entre sus modificaciones consta la ampliación del número de personas que forman parte del grupo familiar de la violencia doméstica, incluyendo a quien en un pasado hubiera sido cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad, de *forma estable*, incluye la violencia psíquica y da una definición de habitualidad¹⁵.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁶, trasladó la violencia doméstica habitual al artículo 173 comprendido dentro del Título VII “De los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral”, reconociendo por primera vez que uno de los bienes jurídicos que se protegen no son sólo la integridad física y psíquica de la víctima, sino que también afecta a su integridad moral. Vuelve a ampliar el círculo de sujetos pasivos, añadiendo a los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, a los descendientes (incluyendo, por ejemplo, a los nietos), a los menores y cualquier otra persona integrada en el grupo de la convivencia, y a aquellos que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Asimismo, se abrió la posibilidad de que se acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del maltratador y se mejora la pena de alejamiento.

En lo que respecta a las relaciones de pareja, es esta ley la que establece la modificación más importante, elimina la necesidad de que la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo sea análoga relación de afectividad de forma estable y considera aquellas en las que no media convivencia entre ambos sujetos¹⁷.

Esta ley mencionada sirvió de precedente de la actual Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en

¹⁴ Publicado en BOE núm. 138 de 10 de Junio de 1999.

¹⁵ La habitualidad a efectos de esta nueva modificación del Código Penal, consiste en entender la misma de forma que sea el juez quien ha de determinar la existencia o no de la misma, en base a aquellos hechos que pueden ser considerados tanto delitos como faltas, no teniendo porqué ser cometidos contra la misma víctima, e independientemente de que exista o no una sentencia o un enjuiciamiento anterior.

¹⁶ Publicado en BOE núm. 234 de 30 de Septiembre de 2003.

¹⁷ Art. 173. 2 CP (reforma LO 11/2003, de 29 de septiembre): “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...)*”.

adelante LIVG)¹⁸, esta supuso un giro en la política criminal al introducir tipos agravados por razón de género (hombre contra mujer) abarcando tanto normas procesales como penales.

Con la aprobación de esta última ley, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial, en el Derecho Penal, la denominada *perspectiva de género*, es decir, la necesidad de proteger a las mujeres por su misma condición de serlo, es decir, la razón de ser mujer es la que les lleva a situarse en una posición objeto de protección jurídica. Se trata de la primera ley que se encarga de dar solución a un problema social, es la primera ley específica para la protección de las mujeres.

En el párrafo tercero de la Exposición de Motivos de dicha ley, se justifican las razones que han dado lugar a su creación y declara: *“La Organización de las Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”*

Por otra parte, en el art. 1.1 de la LIVG, se señala el objeto principal de dicho cuerpo legal: *“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 cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. En el párrafo 3º de este precepto, se define la violencia de género entendiendo como tal todo acto de violencia física o psíquica, agresiones contra la libertad sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de la libertad.

De estos preceptos se pueden deducir dos cuestiones, la primera es que las medidas reguladas no afectan a las mujeres que han sufrido violencia por hombres con los que no han mantenido vinculación afectiva, es decir, no se consideraría como delito de violencia de género las violaciones por extraños, amigos o familiares que no sean cónyuge o persona con la que mantiene análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Y la segunda, es que las víctimas, los sujetos pasivos, son únicamente las mujeres que mantienen una relación conyugal o de análoga afectividad heterosexual, dejando de lado las relaciones homosexuales.

Por lo tanto, teniendo en cuenta esto, entendemos que la violencia de género que se regula en el ámbito nacional, no coincide con el concepto de violencia de género que es utilizado en el derecho comparado en el que la violencia contra la mujer se aborda desde una perspectiva más amplia, incluyendo fenómenos como la violencia sexista en el ámbito laboral, la violencia social contra las mujeres, la violencia institucional o

¹⁸ Publicado en: «BOE» núm. 313, de 29/12/2004. Entrada en vigor: 28/01/2005.

estructural. El legislador la ha querido limitar únicamente como ya dije anteriormente a las relaciones sentimentales de pareja, por ser la más habitual y más visible de las violencias ejercidas contra las mujeres y presentar unas características singulares derivadas de la existencia de vínculos de dependencia, de diversa índole, entre víctima y agresor¹⁹.

Llegados a este punto, es preciso tener en cuenta la diferencia que existe entre violencia de género respecto de violencia doméstica, sobre esta última el legislador no ofrece una definición auténtica pero conjugándola con la definición de violencia de género, se puede sobreentender esta incluso por defecto, considerando la misma como aquella violencia ejercida por cualquiera de las personas descritas en el art. 173.2 del Código Penal sobre las personas que el mismo artículo indica, ya sea por situación de dependencia entre agresor y víctima o por una relación legal, la cual otorga especial protección a la víctima (tutor respecto al declarado incapaz, por ejemplo). No se establece una lista cerrada de relaciones que se encuentran dentro del amparo del mismo, sino que deja abierto el número de supuestos que estarían integrados en el ámbito de la violencia doméstica, pudiendo incluirse cualquier relación que esté integrada en el núcleo de la convivencia familiar, incluyendo también aquellas personas que se encuentran bajo la custodia o guarda de Centros públicos o privados²⁰.

El 29 de junio de 2005, y en cumplimiento de lo dispuesto en la LIVG, entraron en funcionamiento como órganos especializados los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y las secciones especializadas en el seno de las Audiencias Provinciales de toda España y se introduce, además, una modificación importante en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal creando la figura del Fiscal Delegado de Violencia contra la Mujer.

En la Exposición de Motivos de la ley, establece que su finalidad es garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género. Para ello otorga a los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer no solo la potestad de la instrucción, y en su caso, con determinadas condiciones, el fallo de algunas causas penales en materia de violencia sobre la mujer, sino que también le permite decidir sobre materias de derecho civil relacionadas, dando lugar a una nueva distribución de competencias. En este sentido, la LIVG dedica parte de su articulado a modificar preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de delimitar la competencia objetiva, territorial y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

¹⁹ PERAMATO MARTÍN, T. “La Violencia de Género como manifestación de desigualdad. Ley Integral.” Curso: mujer, igualdad y derecho. Centro de estudios jurídicos, Madrid 25 y 26 de junio de 2007. p. 7.

²⁰ Véase al respecto el libro de RAMON RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

III. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM) supone una reacción de la sociedad frente al fenómeno de violencia contra la mujer. Como ya he dicho anteriormente, estos juzgados son competentes para el conocimiento de la instrucción de los delitos relacionados con la violencia de género, así como de las consecuencias civiles derivadas de los mismos.

Esto, aparece recogido en el art. 43 y 45 de la LIVG, dónde prevé su creación así como la especialización de una o mas secciones de la Audiencia Provincial para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones que en materia penal se dicten por los Juzgados de Violencia.

Respecto al ámbito competencial de estos Juzgados, hay que hacer alusión al art. 44, el art. 58 y 60 de la LIVG que establece la competencia objetiva y funcional de éstos, por los que, respectivamente, se adiciona el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que establece en su apartado 1: *“Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:*

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una

análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.”

La creación de estos juzgados, hace que también se modifique el art. 14 de la LECrim y se introduzca un nuevo art. 17 bis en dicha ley procesal. El art. 14 LECrim incluye un nuevo apartado quinto relativo a la competencia de los JVM que reproduce el contenido del art. 87 ter 1 LOPJ, adaptando en consonancia los restantes apartados del artículo a las competencias propias de dichos juzgados, en relación con el conocimiento y el fallo de los delitos leves, la instrucción de delitos o el enjuiciamiento y fallo de conformidad de delitos menos graves, así como a la competencia territorial de la Audiencia Provincial (o Tribunal del Jurado) para el enjuiciamiento de los restantes delitos en el caso de que los haya instruido un Juez de Violencia sobre la Mujer.²¹

La LIVG, establece la competencia de los JVM de una forma diferente a la común, ya que normalmente se determina dicha competencia por razón de la materia, pero en este caso, podemos decir que se determina de forma dual, se establece en base a la concurrencia de un tipo de delitos (*ratione materiae*) y de su comisión por determinadas personas sobre otras (*ratione personae*), es decir, por razón de la materia que esta es la forma ordinaria de determinar la competencia de los Juzgados, y por razón de las personas que aparecen como sujeto activo y pasivo de la ley²².

a. La competencia por razón de la materia

A nosotros para nuestro trabajo lo que nos interesa es la competencia de los JVM por razón de las personas que intervienen y su relación personal, sin embargo, para dar una visión general, explicaré de forma resumida qué competencias por razón de la materia han sido atribuidas a estos órganos jurisdiccionales. En la Circular nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, la cual es importante ya que sienta las bases de actuación de la Fiscalía en los JVM, haciendo posible también entender el funcionamiento y la asunción de competencias por dichos juzgados, se dice que el criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia por razón de la materia se corresponde con un sistema mixto que comprende tanto un catálogo de infracciones penales, como una cláusula genérica de cierre y determinadas

²¹ Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 de 18 de julio de 2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Apartado VI.A.1.

²² Los Juzgados de Menores, determinan también el objeto de los juzgados en virtud de la edad del menor infractor y la comisión por ellos de delitos.

competencias por conexión, la cuales conviene delimitar por no perjudicar el principio de la seguridad jurídica²³.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales.

Dicho listado no precisa tipos delictivos concretos, sino mediante referencia a aquellos títulos del Código Penal que por tutelar bienes jurídicos de naturaleza personal, en sentido amplio, resultan de más frecuente aplicación en el tratamiento jurisdiccional de la violencia intrafamiliar.

No obstante, es evidente que no todas las figuras delictivas comprendidas en cada uno de aquellos títulos son susceptibles de comisión en el ámbito propio de esta Ley.

Obviamente, no tendrán cabida aquellas infracciones penales cuya configuración típica excluye *ab initio* toda posibilidad de relación con el objeto de la Ley (delitos imprudentes, el aborto causado por la propia mujer, riña tumultuaria, atentados contra la integridad moral realizados por autoridad o funcionario público...).

En lo que respecta a la cláusula de cierre que establece el legislador, lo que trata es de incluir todos aquellos delitos que hayan sido cometidos con violencia o intimidación con el fin de que ningún acto de violencia de género escape de la competencia de los JVM. Se incluyen delitos que no han sido incluidos en el catálogo anterior al que nos hemos referido, como por ejemplo el allanamiento de morada con violencia o intimidación, robo violento o con intimidación, extorsión, robo de uso de vehículo, obstrucción a la Justicia... etc.

Por último, establece aquellos delitos contra los derechos y deberes familiares²⁴, instruyendo de los restantes delitos del Capítulo III, aquellos delitos como el de inducción de menores al abandono del domicilio, sustracción de menores, abandono de

²³ ARTAL FAULO, C.J. “*Competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*”, Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Zaragoza, de 23 de septiembre de 2008. Pg. 6. Disponible en <http://www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1282648747262.pdf> última visita 13 de noviembre de 2017, 18:37 h.

²⁴ Corresponde con la rúbrica del Capítulo III del Título XII del Libro II CP, que comprende tres secciones, la primera “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio”; la segunda “De la sustracción de menores” y la tercera “Del abandono de familia, menores o incapaces”. En lo que respecta al delito de quebrantamiento de los deberes de custodia, la Circular 4/2005 de la Fiscalía, deja fuera del ámbito competencial de los JVM el mismo por considerar su incompatibilidad de las exigencias típicas con comportamientos propios de violencia de género, ya que no puede ser cometido en general por los progenitores, ni es aplicable al progenitor en supuestos de separación o divorcio (SAP Álava 152/2002, de 4 de octubre).

menores o incapaces, utilización de menores o incapaces a la mendicidad o abandono de familia propio. El más frecuente es el abandono de familia impropio, es decir, el impago de prestaciones familiares (art. 227 CP).

Sin embargo, respecto a esto, es importante señalar que los sujetos pasivos afectados por este último delito señalado, serán un menor de edad o bien, de una persona con la capacidad modificada judicialmente, y teniendo en cuenta que el art. 87 ter 1 b) solo condiciona la competencia de los JVM cuando se trata de delitos que incluyan como víctima a las personas señaladas en el mismo, se deduce de una interpretación sistemática y teleológica de la norma que también los delitos contra los derechos y deberes familiares cometidos contra descendientes, menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, deberán ir acompañados de actos de violencia de género para que de éstos puedan conocer los JVM, por lo tanto, si no hay unidad de acto, este tipo de delitos serán conocidos por los Juzgados de Instrucción ordinarios y no por los JVM.

En lo que respecta al resto de materias, no hay más que resaltar de lo descrito en el propio artículo 87 ter apartado 1, en las restantes letras c), d), e), f) y g), las cuales serán competencia de los JVM.

Los asuntos de carácter civil que podrá conocer el JVM, sujetándose a los procedimientos y recursos previstos en la LEC son: los referidos a la filiación, maternidad y paternidad, a la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, relaciones paterno filiales, que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos, sobre la necesidad de asentimiento en la adopción y los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Es necesario que los sujetos que intervengan en la relación civil, sean o la víctima de los actos de violencia de género o el imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de violencia de género, siendo necesario que se cumpla el criterio de actividad, es decir que se haya iniciado el proceso ante el JVM por un delito a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer.

Centrándonos en lo que a nosotros nos interesa, es decir, en cuándo serán competentes los JVM por razón de las personas, hay que mencionar varios aspectos.

b. La competencia por razón de las personas

Como ya sabemos, este elemento personal es un elemento complementario de las infracciones penales a las que nos hemos referido anteriormente, no es algo usual determinar la competencia de un órgano jurisdiccional en base a las personas que intervienen en el ámbito de la comisión del delito. En el art. 87 ter LOPJ, regula el

elemento personal estableciendo que: “... siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.”.

Esta forma de determinar qué tipo de actos de violencia de género, han de ser enjuiciados por los juzgados especializados en esta materia, marca la diferencia con los delitos de violencia doméstica. Como se puede deducir del precepto, es necesario que para calificar un delito como propio de violencia de género, es obligatorio que el sujeto activo sea un hombre (en el artículo se hace referencia al “autor”), y el sujeto pasivo, casi siempre, sea una mujer (esposa o mujer...), sin perjuicio, de que también se amplíe el círculo de los sujetos pasivos, pudiendo conocer tal juzgados cuando afecte a demás miembros de la familia o del núcleo de convivencia, siempre que sea por la existencia de un acto de violencia de género.

Es muy importante resaltar que, de acuerdo a lo establecido en el art. 1 LIVG, la violencia de la que hablamos cuando hablamos de “la ejercida en un delito de violencia de género”, es aquella que se produce **como manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**. Y que se ejerce por parte de **quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes están o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aun sin convivencia**.

Por lo tanto, únicamente pueden verse comprendidas en estos preceptos las relaciones heterosexuales, dejando de lado las homosexuales²⁵.

Sin embargo, hay algo que tenemos que dejar claro, y es el elemento subjetivo que interviene en todos los delitos de violencia de género, el móvil del autor, el ánimo. ¿Podemos considerar incluidos todos aquellos actos de violencia que se ejercen por parte de un hombre a su pareja en la competencia de los JVM? ¿O es necesario, que se den los elementos de: actitud de dominación, discriminación del hombre hacia la mujer, relación de superioridad, es decir, que se produzca realmente un menoscabo ya no solo a su integridad física, libertad, etc. sino un menoscabo a su integridad moral?

En la práctica jurídica española, hay diferentes interpretaciones al respecto de esto, unas consideran que es suficiente para merecer el reproche penal que se lleve a cabo la conducta típica por el hombre hacia su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por relación de análoga afectividad, aun sin convivencia; otras consideran que es necesario probar el elemento subjetivo, es decir, la voluntad de “degradar,

²⁵ Más adelante, dedicaré un apartado especial a las parejas homosexuales y su inclusión en la violencia doméstica, así como la inclusión de las personas transexuales en los delitos de violencia de género.

subyugar o dominar” a la víctima; y una tercera posición intermedia, defiende que el ánimo de degradar y dominar se presume con la realización de los actos delictivos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión a la relación afectiva que hay entre ellos, pero admitiendo prueba en contrario, siendo el acusado quien ha de demostrar que no actuó movido por estos comportamientos. Por lo que ha optado la mayoría ha sido por aplicar automáticamente el término de violencia de género por cualquier delito cometido por un hombre contra una mujer con la que tiene o ha tenido una relación sentimental, por lo tanto, se presupone que el hombre comete tales delitos movido por la intención de manifestar su poder sobre la mujer, de discriminarla, etc.²⁶

Dejando al margen el ánimo del sujeto activo, **lo imprescindible para considerar la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es acreditar la existencia de la relación afectiva que hay entre la víctima (mujer) y el hombre que ejerce la violencia.** Esto, lo veremos en el apartado siguiente de una forma más detallada al ser el Ecuador, así como el punto clave de este trabajo en base a la cantidad de interpretaciones que existen jurisprudencialmente en relación a lo que se ha de considerar “relación de análoga afectividad, aun sin convivencia”.

En conclusión y para dejar claros los puntos tratados; los elementos que han de darse para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer deba de conocer un caso son:

- La existencia de un acto de violencia ejercida por un hombre sobre una mujer en manifestación de discriminación, de situación de desigualdad y relaciones de poder de éstos sobre las víctimas.
- Entre ambos, debe de haber existido o existir una relación de afectividad, deben ser, o haber sido, cónyuges o estar, o haber estado ligados por relaciones similares de afectividad. No es preciso que exista o haya existido la convivencia.
- Obviamente, estos delitos de violencia de género deben de haber sido cometidos por un hombre como sujeto activo, sobre una mujer, como sujeto pasivo. (Con independencia de que se amplíe el círculo de sujetos pasivos cuando se vean afectados. Así como que también se incluyan personas transexuales, cuestión que abordaré más adelante).

²⁶ En este sentido se han pronunciado multitud de Audiencias Provinciales, como la SAP Barcelona, Sección 20ª, nº 154/2007, de 13 de febrero; SAP Alicante, Secc. 1ª, nº 78/2008, de 4 de febrero; SAL Madrid, Secc. 27ª, nº 477/2007, de 18 de junio; SAP Vizcaya, Secc. 6ª, nº 299/2007, de 26 de abril, todas ellas excluyen que la expresión del art. 1 de la LIGV constituya un requisito del tipo objetivo de prueba.

IV. LA ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AÚN SIN CONVIVENCIA

Como he señalado anteriormente, en los procesos por la comisión de delitos, la competencia funcional para la fase de investigación se atribuye de forma ordinaria a los Juzgados de instrucción (o a los JCI, cuando deba resolver sobre el delito de que se trate la AN o el JCPe) o, de forma especializada, a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se encargará de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, **siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia**, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. O para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en el inciso anterior.

Uno de los mayores problemas prácticos que se plantean respecto a la competencia instructora de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es, justamente, interpretar esa frase: “*o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*”

Como tema fundamental de este trabajo, abordaré con detalle lo que se entiende, y lo que, desde mi opinión, se considera “análoga relación de afectividad sin convivencia”.

Una de las cosas a tener en cuenta, es que la violencia de género a diferencia de la violencia doméstica que tiene lugar dentro del núcleo de convivencia, tiene una proyección temporal mucho más amplia, ya que la misma se despliega hasta mucho después de finalizada la relación de pareja, o incluso puede llegar a recrudecerse a partir de la ruptura de la relación, y en muchas ocasiones comienza antes de que se llegue a consolidar la relación de pareja mediante el vínculo del matrimonio, o antes de que se llegue a dar la convivencia, en esos momentos incipientes o de formación de una pareja, es decir, lo que se conoce tradicionalmente como la fase de noviazgo²⁷.

²⁷ TARDÓN OLMOS, M. “La interpretación de análoga relación de afectividad “aun sin convivencia””. *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación jurisdiccional*. Año 2009. Pg. 1. Disponible en

Pese a que la analogía se efectúa con respecto al matrimonio, el legislador ha prescindido en la formulación de los tipos de violencia de género de elementos que son característicos de la relación conyugal y de las relaciones *more uxorio*, los cuales son la convivencia (“*aun sin convivencia*”) y la estabilidad (al haberse suprimido la mención que anteriormente se hacía en el precepto –con la redacción dada por la LO 14/1999– referida al vínculo o relación “*de forma estable*”).

Con la redacción del artículo, el legislador ha dejado abierto el abanico de interpretaciones doctrinales, creando gran disparidad entre las Audiencias Provinciales, las cuales no plantean duda alguna cuando hay una relación de matrimonio o de pareja de hecho entre la víctima y agresor, pues la existencia de tal relación presente o pasada²⁸, se acredita fácilmente. Las relaciones que han de ser objeto de estudio por las Audiencias Provinciales con el fin de apreciar si acabarán siendo competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o, de los Juzgados de Instrucción, son las llamadas relaciones de análoga relación de afectividad aun sin convivencia, como podrían ser, por ejemplo, las relaciones de noviazgo o las relaciones adúlteras.

No tenía sentido no incluir este tipo de relaciones hoy en día, ya que la mayoría de los jóvenes, (o incluso no tan jóvenes), mantienen relaciones en las que hay una especial vinculación de pareja, de fidelidad, de unidad, etc. y las cuales, anteriormente, no tenían el mismo trato a efectos de considerar la existencia de violencia de género, por el mero hecho de no existir convivencia, siendo igualmente tutelables por existir una relación que trasciende lo personal, pasando por lo familiar y llegando al ámbito social²⁹.

a. Jurisprudencia respecto a la “análoga relación de afectividad aun sin convivencia”

En lo que respecta a la interpretación de la norma, de la frase “análoga relación de afectividad” “aun sin convivencia”, el propio Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales se han pronunciado en numerosas ocasiones, dejando claro de qué lado se sitúan unas y otras; algunas, se sitúan desde una perspectiva más abierta, más “liberal”, incluso podríamos decir, más moderna, otras, se sitúan en el otro extremo, siendo más restrictivas, y a medio camino, hay algunas que se han pronunciado de una forma más intermedia, con criterios compuestos por una y otra perspectiva.

http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Tardón%20Olmos,%20Mar%C3%ADa%20_1.0.0.pdf última visita 30 de octubre de 2017, a las 20:49 pm.

²⁸ En lo que respecta a la relación pasada, se incluyen también aquellos supuestos donde esa relación se ha terminado, y la violencia viene motivada a causa de tal ruptura.

²⁹ TARDÓN OLMOS, M. “La interpretación de análoga...”, op., cit., p. 4.

Para llevar a cabo un estudio más detallado, considero preciso hacer una diferenciación: por un lado, hacer alusión a aquellas sentencias con criterios más restrictivos y por otro lado, mencionar aquellas sentencias que no presenten unas connotaciones tan restrictivas, y son más progresistas.

i. Jurisprudencia más conservadora, con criterios restrictivos.

En lo que se refiere a los **pronunciamientos judiciales con criterios restrictivos**, nos encontramos con que para que se considere que un determinado caso de violencia de género sea competencia del Juzgado de Violencia de la Mujer, han de darse la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que caracterizan a la relación matrimonial, a excepción obviamente, del requisito de convivencia.

A modo de ejemplo, podemos mencionar diferentes sentencias, entre ellas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 4ª, nº 367/2007, de 3 de octubre, ésta define lo que se debe considerar “relación de afectividad análoga a la conyugal”.

Esta sentencia, se dicta en base al recurso de apelación interpuesto por el acusado del delito de malos tratos, el cual considera que la víctima, no reúne la condición normativa que reclama el art. 153.1 del Código Penal, ya que estima que la relación entre ambas partes no puede ser equiparada por vía analógica a matrimonio a efectos típicos pues dicha relación no fue especialmente seria ni comportó ninguna comunidad de vida. La relación no se prolongó más de dos meses, no existió convivencia ni proyecto de vida en común.

Por parte de la acusación particular y el Ministerio Fiscal, se impugna dicho motivo de apelación al considerar que sí se acredita la relación personal seria en base a lo dicho en el plenario por parte de la víctima.

La Sala, considera que aunque la relación ya hubiera cesado en el momento de los hechos, es necesario identificar durante su desarrollo las notas de continuidad y de estabilidad. Entendiendo por continuidad, la habitualidad en el **modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido** y entendiendo por estabilidad, la **idea de permanencia en el tiempo**.

El problema que surge es el cómo cabe demostrar si una pareja es estable o no, diciendo la Audiencia de Tarragona, que en este caso, se ha de acudir a elementos y circunstancias externas con el fin de mostrar los elementos subjetivos de las partes, a falta de criterios objetivos que lo determinen. Se refiere a por ejemplo, considerar acreditada la estabilidad por la existencia de contratos comunes de arrendamientos o adquisición de vivienda, negocios comunes, existencia de cargas asumidas por los dos, etc.

Considera además, que como elemento que refuerza lo anterior, hay que acudir a la **notoriedad** que supone el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja, y por ende, su consideración como tal por el entorno. Al igual, que en el caso de que haya convivencia, aunque no sea exigida por el precepto, es una forma más de demostrar la estabilidad y continuidad.

Es necesario, dice, que la relación equiparable debe contener elementos que en términos sociales y normativos permitan identificar una misma razón protectora, lo que sólo se da si la relación afectiva no matrimonial comporta **elementos que lo hagan materialmente similar al matrimonio**. La relación personal que está presente en el noviazgo, debe identificar rasgos de particular intensidad, y sobre todo, notas cualificadoras derivadas de la presencia de un proyecto exteriorizado de vida en común, aun cuando no reclame convivencia.

El proyecto exteriorizado de vida en común, pasa por la identificación de actos externos destinados a estabilizar, a dar continuidad a dicho proyecto mediante previsiones de convivencia futura.

El pronunciamiento de esta Audiencia, es favorable al apelante, ya que considera que no han quedado lo suficientemente acreditados los elementos cualificadores de la relación, no se identifican las notas de la continuidad y estabilidad similares al matrimonio. Se basa en que la relación “no llegó a dos meses” y en que “cada uno mantuvo su ámbito de independencia personal”, no hay un proyecto de vida en común.

Esta sentencia analizada, es una de las más ilustrativas en cuanto a los criterios restrictivos a los que me refiero³⁰.

La Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 101/2007, de 2 de febrero, es fruto del recurso planteado por el acusado que como motivo principal se refiere a la existencia o no de la relación sentimental o de afectividad equiparable a la conyugal que exige el art. 153.1 CP.

En este caso, se trata de un delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar de un hombre contra una mujer, los cuales, mantienen una relación de unos 15 días de duración y en la que ambos dormían en un cajero.

La Sala, recuerda que una relación sentimental es vínculo de cariño y afecto, y alega que la análoga relación de afectividad es la unión de hombre y mujer dirigida a establecer una **plena comunidad de vida, determinada y gobernada por los mismos**

³⁰ Se pronuncia también en estos términos la misma Audiencia Provincial de Tarragona en la sentencia dictada el 17 de marzo de 2008, donde reflexiona sobre la inclusión en el tipo del art. 153.1 CP de una relación de pareja calificada por los propios implicados como noviazgo, durante 1 año y 6 meses.

ideales que si de un matrimonio se tratase, diferenciándose por la no celebración del mismo.

En lo que respecta al caso recurrido, “no aprecia que entre los contendientes existiese esa relación sentimental, porque su unión se asemeja esporádica y carente de la vocación de permanencia y estabilidad exigibles, no sólo por las circunstancias ambientales en las que se desarrolló (cajero) y el escaso tiempo que duró, sino que la única relación que existió entre ellos fue meramente de acceso carnal, circunstancia que, en absoluto justifica su equiparación a la relación conyugal”.

También podemos mencionar la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 108/2007, de 15 de mayo que también contiene un criterio restrictivo respecto de la análoga relación de afectividad.

Trata de una relación de noviazgo, la cual considera la Sala que ha de incorporar algún nivel de compromiso que la asimile a aquellas relaciones típicas, resultando que el hecho probado, sin otro añadido complementario en la parte motivadora de la recurrida, “sólo refiere al dato de novios sin otras implicaciones en lo personal que lo acreciente, acercándolo a la comunidad de vida en intereses características de aquellas otras situaciones más esenciales en la atingencia que entrañan. Por ello, la ausencia de prueba acerca de ese elemento del tipo hace que se tenga que mostrar extraño a él la relación personal de los sujetos activo y pasivo, determinando su inoperancia y consiguientemente la absolución por el delito de lesiones”.

En otras palabras, no consta que existiera entre los sujetos un compromiso que permitiera asimilar la relación de noviazgo a la **“comunidad de vida en intereses” característica del matrimonio o de la pareja de hecho.**

Por último, detallaré la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 3ª de León, nº 20/2016, de 25 de enero de 2015.

Aquí, el apelante sostiene que entre él y la víctima no existía relación de afectividad análoga al matrimonio.

Esta sentencia, se pronuncia acerca de la ambigüedad del concepto que aquí está siendo objeto de debate, y busca evitar tanto la presunción de aquel tipo de relación como la interpretación extensiva de la misma. Basándose en la SAP de Segovia 1/3/2005, dice que no se puede hacer una inclusión automática de todo tipo de relaciones sino solo de aquellas en las se dé un componente de compromiso más o menos definitivo y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar.

La Sala concluye, después de manifestar criterios como los defendidos por la primera sentencia y criterios menos restrictivos que a continuación expondré, basándose en que es necesario que la relación de afectividad entre los miembros de la pareja reúna

las notas de estabilidad y permanencia que aparecerán evidenciadas, por la **existencia de un proyecto de futuro en común**, lo que significa, dice, que de acuerdo a la Sentencia nº 254/2014 de 3 de abril de la Audiencia Provincial de Madrid que, ante la multitud de tipos o variaciones en las relaciones de afectividad entre las personas, no todas ellas pueden, considerarse como relaciones de afectividad análogas al matrimonio.

En este caso, se ignora desde cuando se conocían entre ellos y si mantenían alguna clase vínculo que no fuera la mera coincidencia en horas que pudieran permanecer uno y otro en la vivienda en la que disponían de alcobas independientes. La relación tiene carácter incipiente y además, falta la prueba acerca de la intensidad del grado de afectividad entre ellos, se ignora en qué forma discurría la convivencia entre ellos, si tenían o no las mismas aficiones, si disfrutaban en común los recursos de que cada uno de ellos pudiera disponer, o finalmente, si coincidían teniendo alguna clase de proyectos juntos, fuera personal, laboral o de otro orden. Tampoco queda demostrada que la relación gozara de proyección alguna de cara al exterior en el sentido de que pudiera ser conocida, por terceras personas o parientes de ellos, habiendo incluso declarado los testigos negando la existencia de la relación, por todo ello, la Sala estima el recurso interpuesto por el apelante.

Entre otras, se pueden mencionar también las siguientes Sentencias como reflejo de esta primera postura Jurisprudencial:

Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 99/2007, de 2 de enero sobre una relación que está empezando.

Sentencia de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 37/2007, de 9 de enero, basada en una relación afectiva de 3 meses a lo largo del cual el acusado visitaba a la víctima con frecuencia en su casa y mantenían esporádicas relaciones sexuales.

Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, nº 83/2007, de 19 de abril, relación sentimental respecto de la que no se acredita su intensidad y su grado de intimidad, confianza y compromiso.

Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 824/2007 de 11 de octubre, basada en los mismos argumentos que la citada anteriormente.

ii. Jurisprudencia más progresista, con criterios menos restrictivos.

Por otro lado, hay que hacer referencia a los **pronunciamientos judiciales que mantienen criterios menos restrictivos**, algunas de las sentencias que detallaré a continuación no basan la existencia del tipo de relación que nos ocupa en que haya o no intención de tener un proyecto de vida en común, sino que se basan en la comprobación

de que tal relación de análoga afectividad comparte esa naturaleza de “afectividad”, es decir, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea.

Una de ellas, y que tiene gran relevancia ya que es mencionada como un modelo que establece criterios poco restrictivos, es la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 31/2007, de 22 de enero, con cita de la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ávila, nº 202/2005, de 20 de diciembre. Se plantea la indebida aplicación del art. 153 CP por parte del apelante al entender que la relación no entraba dentro de la considerada por el precepto, en este caso, se señala que “la relación que unía a ambos era una relación de mero noviazgo, inestable, de escasa duración y sin ningún proyecto de futuro o compromiso mutuo por lo que no puede considerarse como relación análoga al matrimonio en el sentido que establece el art. 153”. La Sala considera que tal tesis no se concuerda con la interpretación que ésta ha venido defendiendo en supuestos de similar naturaleza.

Considera además, que tal interpretación no puede tener cabida una vez realizada las modificaciones operadas por la LIVG, ya que, entre otras cosas, las notas de estabilidad y convivencia ya no pueden mencionarse a la hora de establecer la análoga relación de afectividad.

Se puede concluir que la postura adoptada por parte de esta Sala, desde una perspectiva histórica y teleológica, cuando la ley habla de una relación de afectividad “análoga” a la conyugal, habiéndose despojado previamente de las referencias socioculturales mencionadas, ha de entenderse por el acento que pone en la equiparación de lo que constituye la esencia de la relación. Por tanto, el grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial, no se ha de medir por el proyecto de vida en común o no, sino por lo que se considera “afectividad” en las relaciones, siempre que éstas traspasen con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Finalmente, resuelve aplicando el precepto que se considera inadecuado por parte del apelante, al considerar que la relación tuvo una duración de 6 meses y fue considerada una relación sentimental, sin que a ello obste que **no existieran “planes de futuro”** pues, de ser así, considera la Sala, que pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, como la realidad social y **no por ello se entiende que existe una merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña**; en definitiva, **se exige una relación con cierta intención de permanencia y quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos.**

Otra de las sentencias que se pronuncia al respecto es la Sentencia de la Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Logroño, nº 163/2011, de 15 de septiembre de 2011. Esta sentencia hace referencia a muchas de las dudas que se llegan a plantear en segunda instancia, muestra una postura firme y se apoya en multitud de sentencias dictadas por otras Audiencias Provinciales, las cuales son citadas en su resolución.

En lo que a esta sentencia respecta, se plantea un caso donde, como en todas, se recurre por considerar inadecuada la consideración de relación de análoga afectividad, en este caso, el apelante, considera que no existía tal relación, pues la relación entre él y la denunciante, no era estable, ni tenían un proyecto de matrimonio ni de vida en común, ni había una vocación de permanencia.

La Sala, se encarga de citar multitud de sentencias con criterios podemos decir, progresistas³¹, con el fin de acreditar que sí existía una relación entre ambos y que sus fundamentos para no considerar tal relación, no tienen cabida. La interpretación dada por parte de las Audiencias Provinciales citadas en la sentencia, coinciden con la opinión propia de esta Sala al considerar que la relación de noviazgo, exista o no entre los novios el propósito de compartir su vida en un futuro, quedan dentro del tipo de relaciones afectivas sobre las cuales aplicar el criterio analógico legal; puesto que **lo realmente determinante en ella es el vínculo afectivo entre los miembros de esa relación** y la tendencia a su mantenimiento con esas notas de **fidelidad y exclusividad** de la relación que permiten asimilarlo al afecto conyugal, quedando fuera del citado tipo penal sólo las relaciones sexuales esporádicas sin mas implicaciones afectivas, o una mera relación de amistad con algún escaqueo amoroso, pero no las relaciones de noviazgo ya definidas.

Como ya hemos dicho anteriormente, el legislador, prescinde de determinadas notas características de la relación conyugal y de las relaciones *more uxorio* (parejas de hecho), las cuales son la convivencia y la estabilidad.

Esta resolución, hace mención también a una sentencia con tintes muy progresistas, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, de 9 de febrero del 2011** dicha sentencia se pronuncia al respecto de este tema, diciendo que “**no pueden excluirse parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional**, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, **está en el origen de las agresiones**”³², y es que según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sec. 2ª, de 14 de mayo de 2009 (también mencionada en la sentencia de la AP de Logroño), se amplió en su momento el

³¹ Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (Valencia, sec. 1ª, S 9/2/2011, Castellón, sec. 2ª, S 8/3/2007, Granada, sec. 2ª, S 9/3/2007, nº 60/06, de 30 de octubre, de la Secc. 2ª de la AP de Albacete, nº 919/05, de 29 de noviembre, de la Secc. 5ª de la AP de Barcelona, nº 1112/05, de 28 de octubre de la Secc. 8ª de la AP de Barcelona, nº 8/06, de 23 de enero...)

³² Anteriormente, se pronunció de esta forma el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 510/2009, de 12 de mayo, que más adelante mencionaré.

círculo de sujetos pasivos del art. 173.2 CP, con el fin de extender la protección especial a aquellas relaciones que estaban excluidas, según la legislación anterior, por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la relación de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello “tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo³³, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual, que por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja.

En tal resolución, se hace referencia a algo que a mi parecer, y dejando entrever un poco mi opinión al respecto (que manifestaré más adelante), tiene gran importancia y supone un gran avance que dicho “pensamiento”, “opinión” jurisprudencial se lleve a término, y es el hecho de aludir a la realidad de hoy en día, en concreto, hace referencia a que en los tiempos actuales no son infrecuentes tal clase de relaciones continuadas en el tiempo sin mayor compromiso que el mantenimiento de la propia relación, como si nos referimos a ella con la expresión “salir juntos”, cuya acepción nº 21 en la R.A.E, no es otra que “frecuentar, por motivos amorosos o amistosos, el trato con otra persona, fuera de sus domicilios”.

Finalmente, respecto al caso objeto de este debate, se consideró por parte del Tribunal *ad quem*, que la relación entre el denunciado y denunciante, no era de simple amistad, sino de carácter amoroso, y cuya ruptura, fue precisamente la que le guió en su conducta descrita en la declaración de los hechos.

Cabe señalar también, en este ámbito la Sentencia de la Sección 27ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 450/2017, del 11 de Julio de 2017.

Ésta, además de presentar los criterios menos restrictivos a los que estamos haciendo alusión, señala que determinar cuándo una relación puede considerarse dentro del tipo, será una **cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal**, dada la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación.

En este caso, el recurrente señala que él mantenía una relación con una tercera persona, diciendo pues que la relación que tenía con la denunciante no era de pareja, llegando por parte del tribunal “a quo” a la consideración contraria en base al contenido de los mensajes que se presentaron como prueba, ya que en ellos se hablaba de sexo explícitamente, pero también de “ruptura” o “reconciliación”, lo que llega a pensar que se trata de una relación más allá de la amistad o de simples relaciones sexuales. En base

³³ Las relaciones de estricto noviazgo, son consideradas por la AP de Navarra, como "aquellas que conforme a su sentido gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia."

a esto, la Sala se pronuncia de similar forma a los anteriores pronunciamientos vistos, considerando que únicamente se exige para considerar una relación como análoga de afectividad, **cierta intención de permanencia, quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos, haya o no “planes de futuro” entre las partes.**

También, desde esta perspectiva más progresista podemos mencionar las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de enero de 2007. Trata de una relación de noviazgo, de más de 2 años y medio de duración reconocida por el acusado y la víctima con independencia de si ha existido o no convivencia y/o relaciones sexuales entre ellos.

Sentencia de la Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Valencia nº 35/2008, de 12 de febrero de 2008. Relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 mes y medio que fue de convivencia en tanto compartieron vivienda incluso con la hija menor de la víctima.

Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 907/2007, de 8 de noviembre. Relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 año, sin convivencia pero con persistencia temporal en los encuentros personales y con viajes en común.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de diciembre de 2007, con cita del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 13 de mayo de 2005. Sostiene que “el noviazgo, como estadio de relación personal, constituye una categoría definidora particularmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres constitutivos...”.

Es importante señalar a modo de conclusión que el Tribunal Supremo, en varias Sentencias, se ha pronunciado al respecto de una forma similar a esta última, estableciendo criterios poco restrictivos con el fin de llegar a una interpretación más unánime por parte de todos los órganos jurisdiccionales que tengan que resolver acerca de este tipo de casos que plantean dudas.

Podemos hacer mención de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, nº 510/2009, de 12 de mayo**, en esta se aconseja no fijar pautas generales excesivamente abstractas a la hora de dar una definición a la “relación de afectividad” que es motivo de debate en este trabajo. Hay que ser consciente de que habrá casos donde la relación sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, sabemos que la convivencia, (en el momento de los hechos violentos o anteriormente a éstos), forma parte del

contenido jurídico del matrimonio, presumiéndose según el art. 68 del Código Civil, dónde se señala entre las obligaciones de los cónyuges, vivir juntos. Siendo también un elemento que se presume en las parejas de hecho. Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos del Código Penal, situaciones afectivas en las que la nota de convivencia no se dé en su estricta significación gramatical – vivir en compañía de otro u otros - . De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja de forma voluntaria, por razones personales o bien profesionales, deciden vivir en distintos domicilios. Por lo tanto, señala el Tribunal, que lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedando excluidas, eso sí, las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

De esta misma forma, también se ha pronunciado el **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en la Sentencia nº 1376/2011, de 23 de diciembre**, que hace referencia que hoy en día, como ya sabemos, después de las modificaciones legislativas, ya no se exigen las notas de estabilidad y convivencia en las relaciones análogas de afectividad, y por lo tanto, el grado de asimilación al matrimonio no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar de éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de afectividad, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Los preceptos legales no tienen como finalidad dispensar una protección a la institución matrimonial, sino sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación, ya que, las relaciones de pareja, constituyen como sabemos, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de violencia de género.

Por último, hacer referencia también a la actual **Sentencia nº 697/2017, de 25 de octubre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**, que considera que no se aprecia relación análoga de afectividad sin convivencia, al haberse conocido los intervinientes a través de una página web de contactos, viéndose solo unas cinco veces antes de los hechos, sin embargo, como forma de dejar clara su posición acerca de la interpretación que ha de darse a la relación entre las partes, hace referencia a las sentencias anteriormente citadas del propio Tribunal, diciendo además, que es perfectamente posible con una estabilidad de 15 días, estar hablando de una relación

personal e íntima que traspasa los límites de la relación de amistad. En este caso, con independencia de la duración, la relación era sentimental y no amistosa, y a consecuencia de ello, una vez extinguida la misma, los celos del varón disparan el sentimiento de dominación.

Por lo tanto, como podemos observar, tras realizar las oportunas comparaciones entre una y otra postura, ambas postulan interpretaciones diferentes, poniendo el acento en aspectos distintos. Mientras que la primera, se muestra más reacia a considerar que las relaciones de noviazgo, puedan presentar caracteres de una realidad social más actual, como la falta de un proyecto en común, las segundas, defienden situaciones que están a la orden del día, mostrando su interés en demostrar que la afectividad que se discute puede estar presente aun cuando no hay ni convivencia, ni hay un proyecto de vida en común, coincidiendo únicamente ambas interpretaciones en que este tipo de relaciones han de trascender de la simple amistad y de las esporádicas relaciones sexuales.

Aunque se haya presenciado en pocas ocasiones, de forma breve, podemos hacer alusión al criterio mixto que se ha mantenido por parte de los Tribunales, como por ejemplo en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de mayo de 2008, al razonar que se entiende por relación análoga a la de matrimonio la que se da entre dos personas cuando existen entre ellas vínculos emocionales y sentimentales que las inclinan a decidir compartir su vida cotidiana por tener entre ellas un proyecto en común de presente y de futuro.

A continuación, hay dos temas al respecto de las relaciones sentimentales y sus variantes que me parece interesante tratarlos en un apartado diferenciado, como son las relaciones extramatrimoniales y las relaciones entre adolescentes o menores de edad.

b. La análoga relación de afectividad en las relaciones extramatrimoniales.

Es interesante tratar este tema al tener en cuenta que existe jurisprudencia con criterios muy restrictivos, o dicho de otro modo, con criterios más tradicionales, ya que podemos pensar que si para que una relación sentimental sea considerada como análoga de afectividad aun sin convivencia a la matrimonial, es necesario que se dé una estabilidad, y una relación con miras a tener un proyecto de futuro común, es impensable poder introducir aquellos supuestos en los que la relación se da entre personas que ya tienen sus parejas, que están casadas y que mantienen la relación de forma clandestina, ya que se podría presumir que no existe ni estabilidad, ni vocación de permanencia, ni mucho menos, un futuro común.

Sin embargo, la protección de la norma penal, y por tanto la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, va más allá y alcanza, como ya sabemos,

aquellas relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de las relaciones de afectividad *more uxorio*.

Obviamente, hay distinta jurisprudencia asentada sobre el caso, aquellas que defienden la necesidad de un proyecto de vida en común, negarán que aquellos casos donde se haya dado una situación de violencia de género en una relación adúltera o extramatrimonial, sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Pero, existen diversas sentencias que sí admiten esta inclusión y defienden sus posturas como a continuación veremos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, nº 22/2009, de 13 de febrero de 2009. Considera que existe relación sentimental entre el acusado y la denunciante, los cuales se consideran “amantes”, y admiten verse cada mes o cada dos meses para mantener relaciones sexuales, manifestando además que, cada cual tenía su otra pareja estable. La Sala considera que se puede definir como una relación sentimental desde el momento en que disfrutaron de una continuidad pues periódicamente se veían para tener relaciones sexuales aunque aquella fuese clandestina desde la perspectiva “socio cultural”, pero existen sentimientos entre ambos y tal situación se extendió durante un año. No se trata de dos desconocidos, sino de un hombre y una mujer que aun en la “clandestinidad” se ven puntualmente para mantener relaciones sexuales perdurando esta situación al menos un año y llegándose a enfadar la víctima por situaciones que no se generan entre dos perfectos extraños que llegan a tener una relación sexual esporádica.

Otra de las sentencias es la de la Audiencia Provincial de Rioja de 27 de noviembre de 2007, cita textualmente que *“la existencia de un matrimonio con otra persona, de uno o de otro, no impide la concurrencia de una relación de afectividad entre agresor y víctima, a la que se refiere el tipo penal”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 15 de enero de 2009, da una explicación más precisa de la consideración de este tipo de relaciones en el ámbito de la violencia de género. En este caso, se trata de una pareja que mantenía relaciones extramatrimoniales de diez años de duración, la Sala, justifica su inclusión dentro de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer citando lo siguiente: *“en el seno de una relación adúltera si se dan los ingredientes necesarios de intensidad afectiva, contacto frecuente y duración temporal, por lo que pueden concurrir perfectamente, y la experiencia demuestra que así ocurre, los mecanismos de dominio y control característicos de la violencia de género...; y, por otra parte, abstracción hecha del dato contingente de que uno de los miembros de la pareja, o los dos, tengan a la vez un vínculo conyugal o de hecho con otra persona, el contenido de la relación entre los miembros de la pareja adúltera no es esencialmente distinto de la existente entre parejas cuyos miembros no están casados con terceros pero que no por ello tienen intención de formar entre sí un núcleo de convivencia habitual.”*

El pronunciamiento más esclarecedor al respecto, viene de la mano del Tribunal Supremo que en la Sentencia del 12 de mayo de 2009, a la que en el apartado anterior hice referencia, perfectamente aplicable al caso de las relaciones adúlteras, se pronuncia de la siguiente manera: “lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro”, añade que “la protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional”.

Por lo tanto, al haber criterios tan diferentes, todo dependerá de cómo resuelva el caso la Audiencia Provincial competente de conocer. A mi parecer, defiendo estas últimas sentencias y sus argumentos, no podemos excluir a aquellas víctimas por el hecho de llevar una relación de forma clandestina, ya sea porque ella está casada o es el acusado el que lo está, ya que esto no tiene que ver con la intensidad con la que es vivida tal relación, la cual puede ser igual o mayor a la existente en aquellas relaciones que no dan lugar a dudas en cuanto a su inclusión en los tipos penales de violencia de género. Si no, todas aquellas víctimas quedarían desamparadas por el simple hecho de “no hacer lo que se considera socialmente correcto”, cuando el hacerlo o no, entra dentro del ámbito privado de las personas, no suponiendo hoy en día (y menos mal) un delito el adulterio. Por lo tanto, debe ser competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, para proporcionar la protección adecuada.

c. La análoga relación de afectividad entre adolescentes o menores de edad.

En el caso de las relaciones con adolescentes, las denuncias interpuestas por menores de edad contra agresores mayores de edad, seguirán el mismo procedimiento que en caso de mujeres adultas, siendo competentes para conocer de la denuncia los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Los estudios actuales nos hacen ver que el sector de población más afectado por la violencia machista es el adolescente. Según la macroencuesta española de violencia contra la mujer del año 2015, un 21% de las mujeres menores de 25 años que han tenido pareja ha sido víctima de violencia de género. La realidad es que en nuestra sociedad aún persisten los ideales tradicionales con respecto al género. A los chicos se les dota de cierta superioridad, y se da por sentado que son líderes natos, fuertes y sin debilidades, en cambio, las chicas han de ser deseablemente dóciles, sumisas y fácilmente manipulables. Estos estereotipos de género son los que se encuentran en la base de este

tipo de violencia, según los estudios, a pesar de que damos por hecho que ya pertenecen al pasado³⁴.

Además, según el último estudio de Percepción de la Violencia de Género en la adolescencia y juventud, uno de cada tres jóvenes de entre 15 y 29 años considera inevitable o aceptable en algunas circunstancias controlar los horarios de la pareja, impedir que vea a su familia o amistades, o decirle lo que tiene que hacer. La violencia de género no tiene edad. No solo existe en las relaciones de pareja de adultos, también en la de los mas jóvenes³⁵.

Me parece un tema a tratar puesto que la edad de los sujetos de una relación, hace o puede hacer variar la misma. Hay una gran dificultad técnica y jurídica a la hora de establecer cuándo las relaciones sentimentales de los jóvenes y adolescentes tienen la suficiente estabilidad y seriedad como para ser consideradas análogas al matrimonio, y por consiguiente encuadrarse en un supuesto tipo delictivo de malos tratos en el ámbito familiar³⁶.

Si acudimos a la RAE³⁷, la definición de “novio o novia” que aparece es “*la persona que mantiene relaciones amorosas con otra con fines matrimoniales*”, en un primer momento parece demasiado anticuada esta definición, pero a continuación, admite otra acepción refiriéndose a “novio/a”, como “*aquél o aquella que sólo desea mantener una relación amorosa con otra y sin esa finalidad matrimonial*”, ésta ya se adecua a la realidad social de hoy en día. Es cierto que hay que tener en cuenta que tales relaciones trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero, y con cierta vocación de futuro, y también trascienden de aquellas relaciones ocasionales esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación en pareja³⁸.

Teniendo en cuenta esto, es decir, la consideración de una “relación de noviazgo”, hay que ver qué consideración puede darse respecto de aquellas relaciones con menores de edad, ¿la víctima en tales relaciones, puede ser protegida por la LIVG? Si acudimos al art. 17 de la LIVG, éste dice: “*Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia*

³⁴ <https://psicologiaymente.net/forense/violencia-machista-parejas-jovenes> visitado por última vez: 8 de noviembre a las 18:50 h.

³⁵ RODRÍGUEZ. I, “Educar en y para la igualdad previene la violencia de género” periódico *Salamanca al Día*, p. 9.

³⁶ <http://derechoporlavida.com/2016/11/21/las-relaciones-analogas-al-matrimonio-y-su-incidencia-en-menores-de-edad-en-los-delitos-de-malos-tratos-en-el-ambito-familiar-violencia-de-genero/> ultima visita 8 de noviembre a las 19:21h.

³⁷ Real Academia Española.

³⁸ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de 2 de noviembre de 2011 , p. 12.

personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley.” Por lo tanto, deduciríamos que sí. Es necesario, además, hacer referencia a que aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no han alcanzado la misma, gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental.

Los criterios defendidos por la jurisprudencia más restrictiva, no deberían ser criterios asumibles ya que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja, o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes, como dije al principio de este apartado, se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o diversas formas de humillación que encajan con los tipos penales relativos a la violencia de género.

Por lo tanto, los delitos cometidos contra las mujeres menores de edad deben encajarse dentro del ámbito de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando se de una relación que pueda ser considerada a efectos de la jurisprudencia más actual como una relación de análoga afectividad, pese a que no exista un proyecto de vida en común o pese a la minoría de edad de la víctima que puede hacer dudar respecto a la relación que, desde su perspectiva y madurez, le une con el varón acusado en el proceso penal correspondiente, el cual, en todo caso, ha de ser mayor de edad, de lo contrario, la competencia sería a favor del Juzgado de Menores.

V. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES DE PAREJA HOMOSEXUALES Y EN LAS RELACIONES DE PAREJA CON TRANSEXUALES.

a. Las parejas homosexuales.

Estudios internacionales ³⁹ marcan el porcentaje de aquellas parejas homosexuales donde existe violencia entre un 25% y un 33% aproximadamente, similar a las cifras de parejas heterosexuales.

³⁹ Véase al respecto a modo de ejemplo, el Informe sobre la situación de la violencia entre parejas del mismo sexo del año 2011, elaborado para la Secretaría de Estado de Igualdad, del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad por el Colectiu Lambada de lesbianas, gais, transexuales y bisexuales perteneciente a la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales FELGTB, disponible en <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKewiYwft-7M3XAhVFaxQKHU4cDf8QFgg6MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.felgtb.org%2Frs%2F4342%2Fd112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868%2F8b2%2Ffd%2F1%2Ffilename%2Finforme-2011-sobre-violencia-intragero.pdf&usg=AOvVaw3Q-pcjXtDyL7hhCagELfnN> (última visita el día 20 de noviembre de 2017, a las 20:11 h).

Teniendo en cuenta esto, debemos de preguntarnos ¿es competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer aquellos casos de violencia en una pareja del mismo sexo? Hoy en día, hacerse esta pregunta es muy habitual. Mucha gente puede llegar a pensar que en este tipo de relaciones, la violencia que se ejerce de un sujeto a otro no es ni comparable con la que se ejerce en una pareja heterosexual porque en aquellas parejas homosexuales, es una violencia “entre iguales”, sin embargo, a continuación hablaremos sobre el tema.

Obviamente si atendemos a una interpretación literal del art. 87 ter apartado 1 letra a) de la LOPJ donde se establece la competencia de los JVM al respecto de determinados delitos, dice que conocerán siempre “*que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*” no se puede establecer la competencia en aquellos casos donde los intervinientes sean o bien dos mujeres, o bien dos hombres. Por un lado, se hace alusión como ya hemos repetido en anteriores ocasiones, que el sujeto pasivo, la víctima ha de ser una mujer y por otro lado, se hace alusión al autor de los hechos, sin hacer mención a una posible autora. Podemos decir que regula únicamente aquellas relaciones maritales o análogas de afectividad heterosexuales.

En relación a esto, hay que mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo al respecto de 6 de marzo de 2012, donde afirma que “por tratarse de una pareja homosexual (dos hombres) se está a 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”.

Hay que tener en cuenta que hoy en día, las situaciones de violencia intragénero⁴⁰ son una realidad invisible y en consecuencia no están reguladas en el texto de la Ley Integral contra la Violencia de Género, siendo la única forma de regular tal violencia a través de la violencia doméstica mediante el art. 173.2 CP, lo que conlleva a una desprotección de las víctimas. La aplicabilidad de la LIVG es heterosexista, deja de lado tanto a los hombres maltratados como a las parejas homosexuales, pues se considera que no se cumplen los roles de sujeto activo y/o pasivo. En el caso de las parejas homosexuales, se considera que estamos ante relaciones afectivas entre iguales

Se mencionan estudios internacionales como el Estudio Greenwood, de EEUU, los elaborados por la Coalición Nacional de programas contra la Violencia (NCAVP) en EEUU, los Estudios Tjaden también de EEUU, o el Estudio MacQuarrie, de Australia.

⁴⁰ La violencia intragénero la podemos definir como aquella que en sus diferentes formas se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo, donde una de las partes establece poder, control y dominación sobre la otra.

con un equilibrio de fuerza, por lo que sus integrantes no se pueden categorizar en los roles tradicionales de mujer sumisa y hombre controlador⁴¹.

El propio Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género expone que equiparar el maltrato entre parejas intragénero y la violencia de género puede crear confusión y desvirtuar el avance que se está haciendo en el campo de la violencia hacia la mujer y la lucha por la igualdad de géneros, pues considera la violencia de género como una desigualdad de poder histórica⁴².

Los colectivos y asociaciones LGBT⁴³, no niegan que la violencia que sufren no sea violencia de género, ellos reivindican el derecho de igualdad y la falta de protección.

Podemos entender que en virtud de lo establecido en el artículo citado, es imposible que una violencia sufrida entre una pareja del mismo sexo sea considerada violencia de género al no cumplirse los elementos subjetivos que afectan a las personas implicadas en tal violencia, hasta ahí estamos de acuerdo. Sin embargo, no se puede fundamentar únicamente, como defienden multitud de personas, tanto en aspectos políticos, jurídicos como sociales, que la violencia entre parejas del mismo sexo se trata de una lucha entre iguales y que no existen situaciones de dominación, manifestación de discriminación, etc. como las dadas cuando el delito lo comete un hombre sobre una mujer, siendo este el elemento subjetivo, o la intencionalidad en la conducta del hombre.

No podemos considerar una lucha de iguales ni una supuesta inexistencia de dominación, control, etc. por parte de una persona del mismo sexo que su pareja porque existen muchas similitudes con las situaciones violentas que pueden surgir en parejas heterosexuales, se repiten los mismos patrones, existen desequilibrios de poder entre las partes, se reproducen roles de dominación, sumisión y control de una persona sobre otra. En este aspecto, se pronunció el Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander, el cual consideró por primera vez que hubo violencia de género en una pareja de mujeres, en la sentencia se condenó a la mujer como autora de un delito de violencia de género regulado en el art. 153.2 CP por haber maltratado a su esposa.

Esta sentencia dio mucho que hablar, fue recurrida y el juez que instruyó el caso se vio en la obligación de rectificar ya que el Ministerio Fiscal (la única acusación en el caso) había calificado los hechos como “violencia doméstica” por lo que reconocía que el principio acusatorio le obligaba a ceñirse a ese delito. Sin embargo, el propio juez, en su escrito de rectificación aprovechó para fundamentar sus razones, diciendo que

⁴¹ www.aldarte.org/rinconsinviolencia (última visita 10 de noviembre 2017, a las 16:30 h) documento: “VER, EVALUAR, ACTUAR: La violencia en las relaciones lésbicas y homosexuales.”

⁴² ROS CORDÓN, E. “La Violencia intragénero: la violencia en las parejas homosexuales”, 5 de octubre de 2016. p. 3. Disponible en <https://crimeandlawblog.com/2016/10/05/violencia-intragennero-la-violencia-en-las-parejas-homosexuales/>

⁴³ Siglas de: Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transexuales.

consideraba que se trataba de un caso de violencia de género, no habiendo sido un error su apreciación, y que su interpretación era una de las posibles respecto de la ley. Lo argumentó de la siguiente manera: “*Nos encontramos ante un claro caso 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*”.

La Audiencia, consideró finalmente un caso de violencia doméstica, ya que de acuerdo con la ley, ese delito sólo lo puede cometer un hombre contra una mujer, que sea o haya sido su pareja. Aunque, se le aplicarán las mismas penas que las consideradas por el Juzgador “a quo”, al ser la víctima una persona con la que convive la acusada y que es especialmente vulnerable por enfermedad o discapacidad.

El juez, que dictó en primera instancia tal resolución hace eco de la crítica que hay en la actualidad al respecto. Es cierto que puede existir más debate a la hora de establecer una relación de dos hombres como violencia de género, al ser el sujeto pasivo necesariamente una mujer, pero se ha de replantear el considerar la violencia de género de forma más amplia, como en el caso anterior que se trataba de una mujer víctima de malos tratos por parte de su esposa quién ejercía el rol dominante⁴⁴.

La sociedad no reivindica la consideración de estos delitos como una violencia de género, como tal definida, ya que literalmente es imposible, al faltar el elemento personal de alguno de los dos sujetos, sino que se garantice, al igual que se hace a las mujeres víctimas una protección propia de la que reciben las mismas como consecuencia de una violencia producida en el seno de una relación de pareja.

Se reclama una igualdad en los recursos, tratamientos y derechos destinados a la violencia de género. No hay igualdad cuando se denuncian malos tratos por parte de parejas homosexuales y no se activan los protocolos necesarios para dar soporte a la víctima. Una mujer heterosexual denuncia directamente ante el JVM⁴⁵, mientras que

⁴⁴ <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/03/16/espana/1268753513.html> última visita 13 de noviembre a las 13:36 h.

⁴⁵ Al respecto de esto véase el libro de MAGRO SERVET, V. *Violencia de doméstica y de género. 285 preguntas y respuestas*, Sepín, Madrid, 2007. p. 200 y ss. Hay que mencionar la relación existente entre los Juzgados de Guardia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en caso de que se den hechos relativos a violencia de género y se presenten fuera de las horas de la audiencia, la competencia es del Juzgado de Instrucción, el cual adoptará las medidas oportunas para regularizar la situación, incluso la celebración de la comparecencia del art. 544 de la LECrim, relativa a la orden de protección según el art. 54.2 de la LIVG, remitiendo luego lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Por otro lado, en el caso de que el detenido fuera puesto a disposición del Juzgado de Instrucción por hacerlo fuera de las horas de audiencia, aunque la denuncia con petición de orden de protección se hubiera presentado ante el JVSM, el Juzgado de Instrucción, tendrá que regularizar la situación, y en su caso, atender la concesión de la orden de protección por ser cuestión urgente e inaplazable. Por lo tanto, concluimos en que las competencias del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, se circunscriben, en los supuestos de violencia de género, a sustituir al JVM en la legalización de los detenidos y en dictar orden de protección,

una mujer homosexual o un hombre homosexual deben hacerlo ante el Juzgado de Instrucción, no siendo este órgano especializado como lo es el JVM, creado única y exclusivamente para dar una respuesta más efectiva y “personalizada” a aquellos casos de violencia contra las mujeres ejercida por sus parejas masculinas. Por lo tanto, la respuesta por parte de los Juzgados de Instrucción no se da de una forma tan especializada, generando que las medidas que posteriormente se le brindan a la víctima no sean las mismas. Por ello, no debe uno centrarse tanto en darle un nombre a la violencia intragénero, sino en conseguir, que de la misma manera que hace años se alcanzó el consenso para proteger de forma integral a las mujeres maltratadas por sus parejas o ex parejas masculinas, ahora se estudie el fenómeno y se dote a los afectados de una protección y atención adecuada⁴⁶.

Personalmente, me posiciono del lado del juez que dictó la sentencia que señalé antes, al considerar que hoy en día las relaciones de pareja homosexuales hay que verlas como lo que son, relaciones entre dos personas con el mismo, mayor, o menor afecto que las que se dan entre personas heterosexuales, protegiéndolas en la misma medida sin dejar de lado la consideración de que a las mujeres víctimas de violencia de género por sus parejas masculinas, se las protege a consecuencia de un problema grave social de superioridad del hombre sobre la mujer, doblegándola en multitud de aspectos y degradándolas por su simple condición de ser mujer. Esto no lo discuto, pero creo que es necesario que se cree una ley global de protección de la pareja y la familia, para poder incluir en la misma estas parejas homosexuales a las que nos referimos.

b. Los transexuales y la violencia de género.

Teniendo en cuenta todo lo que hemos visto acerca de cuándo se considera que existe un delito de violencia de género y en consecuencia, cuándo entran a conocer los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, podríamos preguntarnos qué sucede en el caso de las personas transexuales. Es decir, en el caso de un transexual, que mantiene su genitalidad masculina y su género administrativo masculino, al continuar constando en su DNI y/o pasaporte como varón, la cuestión que se plantea es ¿debe ser tratado el proceso judicial dentro de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? ¿debe entenderse incluido dentro de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre? ¿Y si cuándo el actor es un hombre transexual? ¿entrará dentro de la competencia de éstos juzgados?

así como a realizar las actuaciones urgentes e inaplazables de los casos de violencia de género tanto si son horas de audiencia como fuera de ellas.

⁴⁶ MÉNDEZ, M. “La “invisibilidad” de la violencia entre parejas gays y lesbianas, que exigen más protección y recursos”, 28 de noviembre de 2014, artículo disponible en <http://www.rtve.es/noticias/20141128/invisibilidad-violencia-entre-parejas-gais-lesbianas-exigen-mas-proteccion-recursos/1056281.shtml> última visita 2 de noviembre 2017, a las 12:20 h. Declaración del magistrado del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 8 de Madrid, Francisco Javier Pérez-Olleros.”.

En relación con la transexualidad, la violencia de género se puede dar en dos direcciones: tanto de forma activa, hombres transexuales hacia sus parejas mujeres, como de forma pasiva, mujeres transexuales que son agredidas por sus parejas varones⁴⁷. Respecto a este tema se ha podido ver una evolución cada vez más progresista, la mayoría de las interpretaciones aluden a la víctima transexual y no tanto al autor transexual del delito de violencia de género, sin embargo, en mi opinión, pueden adoptarse los mismos criterios de consideración en ambos casos.

Para tener claro de qué hablamos cuando nos referimos a las personas transexuales, es necesario dar una definición clara y precisa de este término. Según la Real Académica Española, se entiende por **transexual** a la “persona que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos”, así como también “persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto”.

La Circular 4/2005 de la Fiscalía, al delimitar el ámbito de aplicación de la LIVG, incluía en el apartado 1 del art. 153 CP a las “*parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer*”. Atendiendo a esto, podemos observar que se exige que el cambio de sexo hubiera sido reconocido administrativamente a través de la oportuna modificación en el Registro Civil, ya que a esto se refiere cuando dice “reconocidos legalmente”.

Anteriormente, el Tribunal Supremo se pronunció al respecto de esta cuestión en la Sala 1ª, 811/2002, de 6 de septiembre y 929/2007 de 17 de septiembre, donde reconocía una cierta importancia al sexo psicológico y social admitiéndolo como criterio que podía prevalecer sobre el biológico, pero exigiendo la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, y la implantación de los órganos, al menos en su apariencia externa del sexo deseado.

Sin embargo, el 17 de marzo de 2007, entró en vigor la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que permite a toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y estableció los requisitos legales que desde ese momento son exigibles para ello, suprimiendo el requisito de la cirugía de reasignación sexual. Esta ley tenía como objetivo la rectificación de la mención registral del sexo regulando un procedimiento ante el Registro Civil, a través de un “expediente gubernativo”. Tal rectificación tiene efectos civiles, de forma que quien la obtenga podrá vivir de acuerdo a su nueva condición a todos los efectos jurídicos, y así ser amparada por la LIVG.

⁴⁷ VV. AA. “La violencia de género en la transexualidad” *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas*. Comares Editorial, Granada, 2015. p. 284.

Poco después se empieza a ver que este cauce no puede aplicarse a todo el mundo, empiezan a darse situaciones de desigualdad, ya que las mujeres que no han llevado a cabo la rectificación del cambio del sexo en el Registro Civil, no podrán ser protegidas al amparo de la LIVG, perdiendo así todos los derechos y medidas asistenciales. La realidad social muestra que un gran número de mujeres transexuales que sufren malos tratos por parte de sus parejas varones, son extranjeras por lo que carecen de la posibilidad de acudir al procedimiento de rectificación registral.

En este sentido, el derecho penal permite un margen de autonomía, y con el fin de que sea posible que todas las mujeres transexuales queden amparadas por la LIVG, y por tanto, puedan conocer del caso los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cabe la posibilidad de que con independencia de las previsiones de la Ley 3/2007, estas mujeres puedan ser consideradas víctimas de violencia de género⁴⁸.

En relación a lo expuesto, hay una sentencia que fue muy clara al respecto, hablamos de la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de marzo de 2010, en este caso se le planteó una cuestión de competencia al JVM, que trataba de una denuncia interpuesta por una mujer transexual contra un hombre con el que mantenía una relación. Para resolver tal cuestión de competencia, y una vez comprobado que “el” denunciante carecía de nacionalidad española, por lo que no podía llevar a cabo la rectificación en el Registro Civil, hizo alusión a que “no aplicar la LIVG, supone desconocer una realidad social representada por un colectivo de personas que se identifican intensamente con el otro sexo; consideraciones que en definitiva conducen a la estimación de la cuestión de competencia planteada”.

La Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, con el fin de progresar más en este ámbito y dar a todas aquellas víctimas el mismo trato con independencia de haber llevado a cabo la rectificación en el registro, etc. consideró que: “aún cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género⁴⁹”.

En conclusión, se entiende que al fin y al cabo, la consideración de víctima de violencia de género por parte de una mujer transexual se basa en una cuestión de prueba.

Como dije anteriormente, la mayoría de las consideraciones al respecto hablan de cuando la víctima es una mujer transexual, sin mencionar que cuando un hombre

⁴⁸ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Apartado II.1.1.2.e).

⁴⁹ ESPÍN ALBA, I. “*Transexualidad y tutela civil de la persona*”. Editorial Reus. Año 2008. p. 47.

transexual es el autor del delito, como sujeto pasivo, sobre una mujer con la cual mantiene una relación, la cuestión de prueba se plantea de la misma manera. Debiendo acreditarse que el hombre transexual, se identifica con el sexo masculino de forma permanente y por lo tanto, puede entrar a conocer el JVM por cumplirse el elemento personal que caracteriza los delitos de violencia de género.

Ante hechos de violencia de género, tanto mujeres transexuales maltratadas como hombres transexuales maltratadores, deben ser tratados con su nuevo sexo a todos los efectos aunque todavía no se haya consumado la rectificación registral del sexo y es por ello, que en este sentido se ha de considerar imprescindible la modificación de la Circular 6/2011⁵⁰.

VI. MI OPINIÓN AL RESPECTO DE LA ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AÚN SIN CONVIVENCIA Y DE LA NECESIDAD DE UNA IGUALDAD DE TRATO A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES COMO FUTURA ABOGADA.

a. Consideración personal de la análoga relación de afectividad aún sin convivencia

Una vez analizada la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de acuerdo a cuándo una relación análoga de afectividad entre los sujetos ha de considerarse existente en base a las diferentes interpretaciones, es importante labrar una opinión desde la perspectiva propia de un abogado que ha de llevar el caso.

Las diferentes interpretaciones pueden suponer un problema práctico y jurídico a los abogados que han de participar en los casos de violencia de género, bien a modo de defensa o a modo de acusación en el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Dependiendo de la posición que tome el abogado ante el caso, ha de fundamentar la existencia o no de los elementos que han de darse para que estemos ante un delito de violencia de género y así, ofrecer mayores garantías de protección a la víctima que acude a nosotros como abogados para defenderla o bien, actuar a favor del acusado, intentando que sea absuelto o en el caso de que acabe siendo condenado, que se haga conforme a delitos no constitutivos de violencia de género, consiguiendo rebajar así su pena.

Por ello, es muy importante la labor del abogado en la investigación y el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Si se consigue acreditar de forma que no haya lugar a dudas que sí existe una relación de análoga afectividad aun sin convivencia entre el acusado de ejercer violencia contra la mujer, y la víctima, será de aplicación los tipos delictivos que agravan la pena por considerarse constitutivos de violencia de género y si

⁵⁰ VV.AA. “La violencia..., op., cit., p. 290.

el delito es con violencia o intimidación habrá competencia del JVSM, y en caso contrario, si para defender al acusado, se consigue acreditar con fundamento que esa relación es inexistente, se actuará a favor del mismo.

También es cierto que un abogado a la hora de defender a un hombre acusado de este tipo de delitos, ha de centrarse además de en la existencia o no de relación entre ambos, de fundamentar la falta del elemento subjetivo presente en la violencia de género, es decir, fundamentar no sólo la inexistencia de la relación entre ambos sujetos, sino que en el caso de que esté probada la violencia ejercida, que ésta ha sido sin estar presentes las notas de dominación, discriminación, de superioridad del hombre sobre la mujer que son las constitutivas del delito agravado. Ya que, la mayoría de los tribunales de forma automática juzgan en base a que cuando se ha producido un acto de violencia de un hombre sobre una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación, existe violencia de género al estar presente el elemento subjetivo, admitiendo prueba en contrario por parte del acusado.

Desde una opinión más personal, como futura ejerciente de la abogacía, considero oportuno tener una idea clara y precisa al respecto de esta interpretación acerca de la “relación análoga de afectividad aun sin convivencia” independientemente del lado en el que en un futuro me tenga que posicionar, ya que dependiendo de esto, fundamentaría esto de una forma u otra. Pero en general, desde una perspectiva jurídica y a la vez, desde una perspectiva más realista, me parece interesante e importante saber cómo entendemos hoy en día los jóvenes abogados estos términos objeto de debate.

Hoy en día, posicionarse de acuerdo a las interpretaciones más restrictivas me parece incoherente, anticuado y me considero que fundamentar tal interpretación de esa forma es alejarse de la realidad social del siglo XXI en el que estamos. Es posible que si preguntamos a personas de tercera edad que han vivido épocas totalmente diferentes a las de ahora, se muestren más conformes con los criterios establecidos por las Audiencias Provinciales más conservadoras, que con las que establecen criterios más progresistas.

Recordemos que, de entre los criterios más restrictivos y conservadores para considerar la existencia de una relación entre dos personas, que no puede acreditarse conforme a los certificados propios del matrimonio o de las parejas de hecho, han de darse todos y cada uno de los elementos que caracterizan la relación conyugal, (excepto la convivencia), las notas de continuidad y estabilidad, entendiéndose por esto, la existencia de un modelo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido, y una vocación de permanencia en el tiempo, así como también la notoriedad, es decir que exista un comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja. O dicho de otra forma también, la existencia de una plena comunidad de vida, determinada y gobernada por los mismos ideales que caracterizan el matrimonio, diferenciándose por la no celebración del mismo.

Si yo, como mujer joven, me baso en mi experiencia, en la de mi círculo de amistades, e incluso familia, donde, todos somos jóvenes o incluso ya adultos, y muchos no sabemos aún qué camino tomar ante diferentes situaciones, estos criterios nos dejarían de lado en el caso de presenciar actos de violencia por parte de con quién mantenemos una relación sentimental, careciendo por tanto de toda protección especializada. Y digo esto, porque muchas de nosotras, ni llevando 3 años con su pareja, compartimos los ideales de matrimonio, no pensamos en un proyecto de vida en común, mantenemos nuestra independencia, centrándonos en nuestros estudios, oposiciones, trabajos, etc. sin necesidad de plantearnos qué nos puede deparar el futuro en relación a nuestra pareja. Esto, es una forma de mostrar la realidad social, hoy en día, aunque hay excepciones, no podemos pararnos a idear con certeza un futuro con una persona, cuando ni el nuestro propio, individual, está claro y se encuentra más bien truncado ante la cantidad de problemas que se nos presentan actualmente, como por ejemplo, la dificultad de encontrar un trabajo fijo, generando con ello, la imposibilidad de tener una estabilidad, tanto económica, como personal, etc.

Sí es cierto que ha de existir una cierta vocación de permanencia, de querer mantener una relación y con ello, demostrar de cierta forma que la afectividad está presente.

Privar de toda protección a una mujer víctima de violencia machista por la inexistencia de un proyecto de vida en común con su pareja, ya sea una pareja con la que lleve 1 mes, 1 año o 10 años, y que trascienda de una simple amistad, o de simples encuentros sexuales, me parece una forma de discriminar a todas las mujeres que por decisión propia o por una decisión impuesta por la sociedad, no mantengan una relación que se adecue a la marital o a las convicciones sociales más propias del siglo XIX . Sería una manera de aumentar la desigualdad entre las mujeres casadas o con parejas de hecho, regularmente inscritas y aquellas, que mantienen una relación tanto o más afectiva y con igual, mayor o menor intensidad que las anteriores ya que a estas últimas no se les proporcionarían las medidas de protección, asistencia, etc. derivadas de un caso de violencia de género.

Dicho esto, es fácil saber de qué lado me posiciono, si recordamos los criterios de las Audiencias Provinciales más progresistas, sabemos que para apreciar una relación análoga de afectividad, se pone el énfasis en este último termino, es decir, en lo que se ha de considerar “afectividad”. Se ha de considerar que existe una relación sentimental entre dos personas pese a que no exista entre ellos planes de futuro, ya que esto no quiere decir que haya una merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña, aunque si es cierto que se exige cierta permanencia.

No entiendo incluibles en la competencia de los JVM todas las relaciones en general, porque no todas pueden considerarse incluidas, como por ejemplo, las relaciones esporádicas de sexo donde ambos tienen encuentros sexuales no habituales o incluso un único día, sin crear entre ellos ningún tipo de afectividad. Al igual que puedo

entender que no se incluyan aquellos tipos de violencia entre dos amigos, pese a que se dé el elemento subjetivo de control, dominación, etc. por parte del varón, porque históricamente lo que se ha querido venir protegiendo es la mujer víctima que estaba inmersa en una relación sentimental, y el hombre con motivo de tal relación, se veía con el derecho de ejercer violencia contra ella.

De acuerdo a mi edad, mi experiencia, mi visión respecto de la sociedad actual, incluso de la sociedad futura donde cada vez hay mas formas de relación y no por ello, menos válidas, considero que es necesario que no se limite la interpretación de la expresión legal “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” a las relaciones de noviazgo, que son a las que se refieren unánimemente los pronunciamientos jurisdiccionales, al ser un concepto impreciso y cambiante, sometido a diferentes percepciones de acuerdo a múltiples factores y referencias socioculturales.

Si atendemos a lo que dice la Exposición de Motivos de la LIVG, cuando determina que *“el maltrato en el seno de las relaciones de pareja constituye uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona en los que suele producirse la aparición de la violencia de género”*, deberíamos de considerar incluidas todas aquellas relaciones personales e íntimas que trasciendan de la simple amistad o relaciones sexuales ocasionales o esporádicas.

En conclusión, a mi parecer, resulta necesario que se lleve a cabo una interpretación precisa y que pueda servir de referencia a la hora de considerar o no, una relación como análoga de afectividad aún sin convivencia en cada caso de violencia de género que se presente ante el JVM, con el fin de evitar tanta disparidad de opiniones totalmente opuestas, así como también que se lleve a cabo una modificación de alguna de ellas en un sentido más actual, a la orden del día y teniendo en cuenta que la violencia de género está presente en muchos tipos de relaciones.

Es hora de abrir los ojos y ver, que la violencia de género está a la orden del día, y que si no se educa, no es necesario que sea la pareja, novio, marido, el que cometa tales delitos sino que puede causar el mismo daño, un amigo, un conocido o un familiar. Debiendo de garantizar a la víctima la misma asistencia y protección que la proporcionada en el caso de que sea esposa, ex esposa, o novia, ex novia.

Será por tanto, labor del abogado del caso, acreditar que pueden existir relaciones más allá de tener un proyecto de vida común, en el caso de que lleve la acusación por parte de la víctima, o por el contrario, defendiendo al acusado, considerar la inexistencia de tal relación, pero en este caso, centrándose en todas aquellas notas que hagan deducir que falta la “afectividad” propia de una relación, es decir, acreditar la falta de estabilidad, la no vocación de permanencia, que se trata de una relación meramente amistosa, o de simples encuentros sexuales esporádicos. Se ha de trabajar el caso sobre todo, de acuerdo a la realidad social sin obviar que nada tiene que ver la sociedad del siglo XXI, con la del siglo XX.

b. De la necesidad de tratar por igual a las parejas homosexuales en relación a la violencia de género

Habiendo expresado mi opinión acerca de este tipo de relaciones, me gustaría hacer mención de forma breve a las relaciones homosexuales. En el apartado dedicado al respecto, ya dejé intuir, mi opinión. En este caso, desde (repito lo mismo) mi percepción del mundo, de la sociedad actual, veo necesarios muchos cambios que se adecuen al día de hoy.

Entendemos que los asuntos que conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, son aquellos que contienen una relación entre los sujetos heterosexuales, indicando los preceptos que se adecuan al tipo, que ha de ser un acto de violencia cometido de un hombre hacia una mujer. Teniendo en cuenta esto, sabemos que de forma inmediata, las relaciones homosexuales quedan excluidas.

Bien, en términos literales, incluso históricos del por qué de la creación de la norma que protege a las mujeres víctimas de violencia de género, entiendo que estas relaciones entre personas del mismo sexo no se incluyan, pero deberíamos de dar un paso más allá, hoy en día el porcentaje de estas relaciones ha aumentado considerablemente respecto a hace unos años, hoy en día quién no conoce una pareja homosexual ya sea por sí mismo, o por terceros o incluso a través de los medios de comunicación, es porque está totalmente aislado del mundo. Con esto, quiero decir que es una realidad social tan palpable como el aire y por tanto, es necesario que se lleve a cabo una inclusión de estas relaciones como modelos totalmente posibles y normales de hoy en día.

Si es cierto, que si queremos hablar de violencia de género, deberíamos incluir también el elemento subjetivo de dominación, control y superioridad que ejerce uno contra otro, causando discriminación, menoscabo, daños morales, etc. Pues bien, teniendo en cuenta esto, ¿no puede existir violencia de género entre personas del mismo sexo?, es decir, dejando de lado que el sujeto activo deba de ser siempre un hombre y el sujeto pasivo deba de ser siempre una mujer, ¿no cabe que exista el mismo tipo de violencia con los mismos tintes subjetivos que en el caso de una violencia en una relación heterosexual?

Las relaciones entre parejas homosexuales, en general, se consideran relaciones entre iguales, sin embargo, pueden adoptarse roles por parte de ambos, como por ejemplo, en una relación de pareja entre dos mujeres, una puede adoptar roles más masculinos, o de poder, ya sea por agentes externos a la pareja (posición económica) o internos de la pareja (un fuerte carácter de imposición frente a la otra parte, etc.). Pudiendo dar lugar esto a situaciones de violencia con un componente incluso podríamos decir, machista.

Además, haciendo una breve alusión al tratamiento jurídico-penal que reciben las víctimas de violencia de doméstica (en este caso personas homosexuales), respecto de las víctimas de violencia de género, una agresión, amenaza o coacción leve del hombre sobre la mujer, o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, recibirá más pena que la misma agresión, amenaza o coacción, si tiene lugar en el marco de una pareja homosexual, por lo tanto, cabe preguntarnos de nuevo ¿es admisible, que en idénticas condiciones el que es agredido por su pareja del mismo género no esté igualmente protegido que una mujer heterosexual víctima de violencia de género?⁵¹

Con esto no quiero decir que no entienda que se no se incluyan las parejas homosexuales en los mismos tipos delictivos de violencia de género, ya que según el tenor literal, es totalmente imposible, pero sí quiero que se tenga conciencia de que la violencia puede estar igualmente presente en este tipo de relaciones y a las víctimas, ya sea hombres o mujeres, se les está privando de toda protección jurídica, asistencial, económica e incluso social que tienen las víctimas heterosexuales.

VII. CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA

Entendemos que el término “género” es el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres, históricamente las mujeres siempre han estado relacionadas con la sumisión, la debilidad, etc. y los hombres, por el contrario, con todo lo relacionado con el control, el poder, la prepotencia... El hecho de explicar la violencia contra las mujeres por razón cultural, y no biológica da lugar a la introducción la *perspectiva de género* en las normas que pretenden proteger a las mujeres víctimas de malos tratos.

SEGUNDA

Internacionalmente, la regulación acerca de la violencia de género abarca un concepto más amplio, pudiendo ser considerada como tal también, la ejercida contra las personas homosexuales o transexuales por el hecho de serlo. En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la

⁵¹ REQUEJO NAVEROS, M^a T. “La violencia sobre hombres y en parejas homosexuales en el código penal: su diferencia de trato con la violencia de género”, *Violencia y familia: educar para la paz*. Colex, Madrid 2010. p. 185 y 186.

violencia doméstica, no se hace referencia por ejemplo, a la procedencia de la violencia ejercida contra la mujer, pudiendo ser procedente de un hombre, o aquella que se produce en el ámbito laboral, en instituciones públicas, etc. Nuestra ley, aborda un concepto más reducido ya que únicamente se centra en la violencia de género existente en las relaciones sentimentales dejando fuera otras manifestaciones violentas discriminatorias en relación a la consideración internacional.

TERCERA

En lo que respecta a la legislación nacional, la violencia de género se regula en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, siendo el objeto principal de esta ley: “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 cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Sin embargo, para llegar a tal definición, ha habido considerables reformas al respecto, anteriormente, era necesaria que la relación de pareja fuera de forma estable, que la violencia se ejerciera con habitualidad, etc.

CUARTA

Se considera por tanto necesario el cumplimiento de determinados elementos para considerar un delito de violencia de género, en primer lugar es necesaria una relación de afectividad entre la víctima y el acusado, y en segundo lugar, las víctimas únicamente pueden ser las mujeres y la violencia ejercida únicamente puede ser por parte de los hombres. Quedan de lado las relaciones homosexuales y todas aquellas relaciones que no puedan ser consideradas análogas de afectividad aun sin convivencia. Algunos tribunales también consideran necesario que se dé la intención de dominación, superioridad, control, por parte del hombre que comete el acto de violencia, otros, consideran que cualquier acto de violencia cometido por un hombre contra su pareja o ex pareja, se presupone de violencia de género, admitiendo prueba en contrario por parte del acusado. En mi opinión, exista o no un ánimo machista, toda violencia que se cometa contra una mujer por parte de su pareja, ha de considerarse violencia de género, pues probar la inexistencia de tal ánimo por parte del acusado, quizá si es una forma de intentar defenderse, pero a mi parecer no carece de sentido. Al fin y al cabo, la agresión probada y en tela de juicio, siempre tiene un desencadenante, y es que el hombre se vea superior a la mujer, no aguante sus impulsos y a sabiendas de su superioridad física, arremeta contra esta con el fin de, quién sabe dejarle claro quién tiene el control o dominar la situación mediante la fuerza. Pues, cuando se produce una riña entre ambos miembros de la pareja, y se golpean mutuamente, no se aplica la violencia de género al considerar que no ha habido “desigualdad” en los hechos, castigando a ambos mediante la normativa general.

QUINTA

Lo que se asemeja en la violencia de género y en la violencia doméstica, es que ambas son violencias ejercidas en el núcleo familiar, sin embargo, la diferencia entre ambas es que, mientras la violencia de género da respuesta única y exclusivamente a los casos de violencia ejercidos por un hombre sobre una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación, así como los actos de violencia ejercidos contra los hijos o personas ligadas a la mujer, la violencia doméstica se encarga de abarcar el resto de casos que se pueden producir en el núcleo familiar, sin necesidad de que existan los componentes propios de la violencia de género, así como los referidos al elemento subjetivo (superioridad del hombre, dominación, control, menosprecio, discriminación...)

SEXTA

Con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se crearon los órganos especializados en esta materia, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, encargados de llevar a cabo la instrucción y enjuiciamiento, con determinados requisitos y en muy pocos casos en este último supuesto, de los casos considerados como violencia de género al cumplirse los elementos necesarios para ello, proporcionando mayor protección a las víctimas, de forma que puedan acelerarse los procesos con el fin de evitar mayores perjuicios a la víctima, así como proporcionarle la asistencia adecuada.

SÉPTIMA

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se determina de acuerdo a un criterio personal y un criterio material. En lo que respecta a este último, se hace una breve mención de todas aquellas infracciones penales, delitos cometidos con violencia o intimidación relativos a la violencia de género y determinadas competencias por conexión, como son los delitos relativos a los derechos y deberes familiares (como el abandono de menores, el abandono de familia impropio, utilización de menores, etc.). Así como también conocerá de los asuntos de carácter civil (filiación, divorcio, nulidad...) En lo que respecta al criterio personal, es el que a nosotros nos interesa en relación a este trabajo, dado que conocerá de aquellos delitos de violencia cometidos por un hombre contra una mujer, unidos por una relación de afectividad.

OCTAVA

La interpretación de la frase: “relación análoga de afectividad aun sin convivencia” se considera un problema práctico ya que esta redacción, ha dado lugar a

que haya jurisprudencia diversa, alguna con criterios restrictivos y otra con criterios más progresistas o menos conservadores. Sin embargo, de forma unánime se ha considerado que esta expresión, hace referencia a las relaciones de noviazgo, que trascienden de una simple amistad o de relaciones sexuales esporádicas.

NOVENA

Mientras que la jurisprudencia más conservadora defiende que para considerar que la relación que une al autor del delito de violencia de género con la víctima ha de cumplir todos los elementos que caracterizan a la relación matrimonial, excepto el requisito de la convivencia, es decir, que exista un proyecto de vida en común, una idea de permanencia en el tiempo, notoriedad... La jurisprudencia más actual, progresista, considera que hay que poner el acento en la “afectividad” propiamente dicha, considerando que existe relación incluso cuando no existe un proyecto de vida en común, exigiendo únicamente cierta intención de permanencia.

DÉCIMA

En lo que respecta a las relaciones extramatrimoniales, las cuales pueden suscitar dudas sobre su inclusión o no en la expresión legal, si atendemos a los criterios menos restrictivos, podemos considerar que las víctimas inmersas en este tipo de relaciones también han de estar amparadas por la ley, ya que según se pronuncian varias de las Audiencias Provinciales, entre ellas, la de La Rioja, que dice “la existencia de un matrimonio con otra persona, de uno o de otro, no impide la concurrencia de una relación de afectividad entre agresor y víctima, a la que se refiere el tipo penal”, podemos considerar que aunque de forma clandestina, y según como se pronuncia el Tribunal Supremo, el 12 de mayo de 2009, pese a su formato no convencional, estas relaciones por su intensidad emocional pueden estar incluidas.

UNDÉCIMA

De acuerdo a la LIVG, ésta hace referencia a todas las mujeres víctimas de violencia de género, por lo tanto, las víctimas menores de edad también han de ser incluidas en la protección que ofrece tal ley. Cuando una denuncia es interpuesta por una mujer menor de edad, contra un varón mayor de edad, se tramitará, de acuerdo a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Las relaciones con menores de edad, puede plantear dudas respecto a si se pueden considerar lo suficientemente capaces para mantener una relación con cierta estabilidad, permanencia, etc. En este caso, si consideramos la jurisprudencia más progresista, consideraríamos incluidas también este tipo de relaciones, ya que no es necesario que exista un proyecto de vida en común, el cual puede faltar o no, en este tipo de relaciones entre tan jóvenes.

DUODÉCIMA

Las parejas homosexuales no están incluidas en la violencia de género, sino en la violencia doméstica, al no cumplirse con el tenor literal del precepto donde ha de ser un hombre el agresor y una mujer la víctima. Esto conlleva a una desigualdad, ya que todas aquellas víctimas homosexuales de maltrato por sus parejas carecerán de toda la protección, asistencia y ayudas que sí tienen las mujeres víctimas de violencia de género.

DECIMOTERCERA

Cuando la víctima es una mujer transexual, no se exige que ésta haya llevado a cabo su rectificación en el Registro Civil, es una cuestión de prueba que ha de acreditarse mediante los informes médico-forenses e informes psicológicos correspondientes donde se establece la identificación permanente de la víctima (nacional o extranjera) con el sexo femenino. Siendo por tanto, reconocidas las mujeres transexuales como sujetos pasivos de los delitos de violencia de género, obteniendo la protección adecuada y conociendo de los casos que se planteen los JVM.

DECIMOCUARTA

Por último, desde mi punto de vista la legislación acerca de la protección a las víctimas de violencia de género, así como la que atribuye la competencia de conocer de los asuntos relacionados con ésta a los JVM, debería de dar una definición más precisa acerca de lo que se puede considerar como una “relación análoga de afectividad aún sin convivencia”, así como dar una definición que se adecue con la realidad social, donde hoy en día, las relaciones no son lo que eran, no se cumplen los patrones tradicionales, ni se aspira a llegar a culminar tal relación con el matrimonio. Debería de ampliarse el concepto con miras a introducir relaciones en las que pueden existir los elementos que han de darse en los tipos delictivos de violencia de género, entendiendo que no se incluyan todas aquellas donde no existe un elemento afectivo, pero sí todas aquellas donde la mujer puede estar igualmente perjudicada por ser víctima de comportamientos machistas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARTAL FAULO, C.J. “Competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Zaragoza, de 23 de septiembre de 2008. Disponible en <http://www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1282648747262.pdf>
- BOLEA BARDON, C. “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007.
- ESPÍN ALBA, I. “Transexualidad y tutela civil de la persona”. Editorial Reus. Año 2008.
- MAGRO SERVET, V. *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*, La Ley, Madrid, 2005.
- MAGRO SERVET, V. *Violencia de doméstica y de género. 285 preguntas y respuestas*, Sepín, Madrid, 2007.
- MAQUEDA ABREU, M^a. L, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.
- MÉNDEZ, M. “La “invisibilidad” de la violencia entre parejas gays y lesbianas, que exigen más protección y recursos”, 28 de noviembre de 2014, artículo disponible en <http://www.rtve.es/noticias/20141128/invisibilidad-violencia-entre-parejas-gais-lesbianas-exigen-mas-proteccion-recursos/1056281.shtml>
- MONTALBÁN HUERTAS, I. “La ley integral contra la violencia de genero 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- PERAMATO MARTÍN, T. “La Violencia de Género como manifestación de desigualdad. Ley Integral.” Curso: mujer, igualdad y derecho. Centro de estudios jurídicos, Madrid 25 y 26 de junio de 2007. Disponible en http://www.mujaresenred.net/IMG/pdf/Ponencia_escritaPERAMATO.pdf
- PERAMATO MARTÍN, T. “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución”, *Cuadernos de la Guardia Civil n°51*, 2015. Disponible en

<http://www.interior.gob.es/documents/642012/4920911/Aspectos+Jur%C3%ADdicos+de+la+Violencia+de+G%C3%A9nero.+Evoluci%C3%B3n.pdf/69a8dfcf-d5a5-4cdd-9b57-d736c414d6ea>

- RAMON RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- REQUEJO NAVEROS, M^a T. “La violencia sobre hombres y en parejas homosexuales en el código penal: su diferencia de trato con la violencia de género”, *Violencia y familia: educar para la paz*. Colex, Madrid 2010.
- RODRÍGUEZ. I, “Educar en y para la igualdad previene la violencia de género” periódico *Salamanca al Día*.
- ROS CORDÓN, E. “La Violencia intragénero: la violencia en las parejas homosexuales”, 5 de octubre de 2016. Disponible en <https://crimeandlawblog.com/2016/10/05/violencia-intragero-la-violencia-en-las-parejas-homosexuales/>
- RUEDA MARTÍN, M. *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*. Editorial Reus, 2012.
- TARDÓN OLMOS, M. “La interpretación de análoga relación de afectividad “aun sin convivencia””. *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación jurisdiccional*. Año 2009. Disponible en http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Tardón%20Olmos,%20Mar%C3%ADa%20_1.0.0.pdf
- VV. AA. “La violencia de género en la transexualidad” *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas*. Comares Editorial, Granada, 2015.

IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de noviembre de 2011.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

X. JURISPRUDENCIA

- STS de 6 de septiembre de 2002
- STS de 17 de septiembre de 2007
- STS de 12 de mayo de 2009
- STS de 23 de diciembre de 2011
- STS de 6 de marzo de 2012
- STS de 25 de octubre de 2017
- SAP Tarragona 367/2007, de 3 de octubre
- SAP Alicante 101/2007, de 2 de febrero
- SAP Asturias 108/2007, de 15 de mayo
- SAP León 20/2016, de 25 de enero
- SAP Madrid 254/2014 de 3 de abril
- SAP Alicante 99/2007, de 2 de enero
- SAP Barcelona 37/2007, de 9 de enero
- SAP Valladolid 83/2007, de 19 de abril
- SAP Madrid 824/2007, de 11 de octubre
- SAP Vizcaya 31/2007, de 22 de enero
- SAP Ávila 202/2005, de 20 de diciembre
- SAP Logroño 163/2011, de 15 de septiembre
- SAP Madrid 450/2017, de 11 de julio
- SAP Barcelona, de 10 de enero 2007
- SAP Valencia 35/2008, de 12 de febrero
- SAP Madrid 907/2007, de 8 de noviembre
- SAP Córdoba de 12 de diciembre 2007, con cita al Auto del TSJ de Andalucía de 13 de mayo de 2005
- SAP Albacete 22/2009, de 13 de febrero
- SAP La Rioja de 27 de noviembre de 2007
- SAP Sevilla de 15 de enero 2009
- SAP Málaga de 6 de marzo de 2010

XI. RECURSOS WEB

- <http://aranzadi.aranzadidigital.es.ezproxy.usal.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>
- <http://laleydigital.laley.es.ezproxy.usal.es/content/Busqueda.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMssdiwoKMovS02xNTIwNDc0NDQztDQ1BAB6jXKaFwAA==WKE>
- <http://www.poderjudicial.es/search/>
- <https://www.iberley.es>
- <http://www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1282648747262.pdf>
- http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Tardón%20Olmos,%20Mar%C3%ADa%20_1.0.0.pdf
- <http://derechoporlavidacom.com/2016/11/21/las-relaciones-analogas-al-matrimonio-y-su-incidencia-en-menores-de-edad-en-los-delitos-de-malos-tratos-en-el-ambito-familiar-violencia-de-genero/>
- <https://psicologiaymente.net/forense/violencia-machista-parejas-jovenes>
- www.aldarte.org/rinconsinviolencia
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/03/16/espana/1268753513.html>
- <http://www.rtve.es/noticias/20141128/invisibilidad-violencia-entre-parejas-gais-lesbianas-exigen-mas-proteccion-recursos/1056281.shtml>