



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de la Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria de Junio

***La interpretación del Tribunal
Supremo sobre la violencia de género.
A propósito de la STS 677/2018, de 20
de diciembre***

**The interpretation of the Supreme Court about gender-based
violence. On account of STS 677/2018, of 20 December**

Realizado por el alumno/a D. Jacobo Hernández Hdez
Tutorizado por el Profesora D^a. Fátima Flores Mendoza
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

La modificación de determinados preceptos del Código Penal provocada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género generó una controversia jurisprudencial de la Sala 2º del Tribunal Supremo que derivó posteriormente en instancias judiciales inferiores.

Esta controversia sobre la exigencia o no del contexto de dominación o de machismo como elemento del tipo de lo injusto del delito de violencia de género constituye el objeto central en este trabajo de investigación, al postularse tres posturas jurisprudenciales al respecto.

Siendo especialmente importante la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre, pues constituyó un punto de inflexión en esta controversia jurisprudencial. Si bien es cierto que la decisión del Pleno fue contundente no fue por unanimidad, pues cuenta con un voto particular suscrito por cuatro de los catorce magistrados que constituyen el Pleno del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The modification of certain precepts of the Criminal Code provoked by the Organic Law 1/2004, of 28 December, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence generated a jurisprudence controversy of the Second Chamber of the Supreme Court which was subsequently in lower courts.

This controversy about the requirement or not of the context of domination or machismo as an element of the unjust type of the crime of gender-based violence constitutes the central object in this research work, by postulating three jurisprudential positions in this regard.

Especially important is the judgment of the plenary of the Supreme Court number 677/2018, of 20 December, as it constituted a turning point in this jurisprudential controversy. While it is true that the plenary decision was blunt, it was not unanimous, as it has a particular vote subscribed by four of the fourteen judges who constitute the plenary of the Supreme Court.

ÍNDICE

1. OBJETO DE ESTUDIO	1
2. TRATAMIENTO PENAL DE LA SALA 2º DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	4
2.1. Postura que defiende la aplicación automática de la violencia de género	4
2.2. Postura que defiende la necesidad de un especial ánimo de dominación masculina.....	7
2.3. Postura que defiende la necesidad de la vinculación del comportamiento con patrones culturales de naturaleza machista.....	11
3. SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 677/2018, DE 20 DE DICIEMBRE	14
3.1. Fallo de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo	15
3.2. Voto Particular de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 677/2018	18
3.3. Resoluciones judiciales tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre	24
4. CONCLUSIONES.....	26
5. BIBLIOGRAFÍA.....	29
6. ANEXO DE JURISPRUDENCIA	30
6.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	30
6.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	30
6.3. Jurisprudencia de audiencias provinciales	30

1. OBJETO DE ESTUDIO

En la sociedad española las agresiones contra las mujeres tienen una especial incidencia, y constituyen uno de los mayores ataques contra la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamada en la Constitución Española¹.

Con el objetivo de poner fin a los supuestos de violencia de género, se aprobó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género² (que entró en vigor, en su totalidad, el 29 de junio de 2005).

Se enfoca la violencia de género por esta ley de modo integral y multidisciplinar, estableciendo una serie de medidas de diversa naturaleza en cada disciplina. Empezando por el proceso de socialización y educación dentro del marco de prevención de la violencia, refiriéndose posteriormente al ámbito sanitario con el fin de optimizar la detección precoz y la atención –física y psicológica– de las víctimas.

Todo ello se complementó con la modificación de normas civiles, penales y procesales para la consecución de la protección integral de las víctimas.

Siendo relevante que los artículos 33 y siguientes de la LO 1/2004, que integran su Título IV bajo la rúbrica “Tutela Penal”, introdujeron modificaciones sustanciales en algunas figuras del Código Penal relacionadas con la violencia de género, como son: el delito de lesiones –artículo 148.2^a, 4^a y 5^a del Código Penal–; el delito maltrato de obra sin causar lesión como así lo denomina Ramón Ribas³ o maltrato singular como bien lo denomina Magro Servet⁴ o, también denominado por Mari Fariños⁵, como delito de violencia de género –artículo 153.1–; el delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar –artículo 468, en este caso referido también a la violencia doméstica–; y las figuras de amenazas y coacciones leves –artículos 171.4 y 172.2, que elevan ambas

¹ GONZÁLEZ PILLADO, Esther y FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. *La violencia de género (Conoce tus derechos)*. 1^o Edición. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 2006. p. 3

² En adelante será encontrada mediante la denominación de “LO 1/2004”, “Ley de Violencia de Género” o “Ley Integral contra la Violencia de Género”.

³ RAMÓN RIBAS, Eduardo. Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, vol. XXXIII, ISSN 1137-7550, p. 401-464.

⁴ MAGRO SERVET, Vicente. *La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género*. La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. n^o104, 2013. p. 126 a 130.

⁵ MARÍ FARINÓS, Enrique. *La relación de dominación como fundamento material de aplicación del delito de violencia de género del artículo 153.1 de Código Penal*. 2016, N^o 8881, Sección Tribuna, Ref. D-429. Editorial Wolters Kluwer (Diario La Ley) [en línea]. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2018]. Disponible en Internet: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000239808/20161202/La-relacion-de-dominacion-como-fundamento-material-de-aplicacion-del-delito-de-v>

infracciones penales leves a la categoría de delito cuando el autor las perpetre contra quien “*sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”–.

Por su parte, el artículo 1.1 de la misma Ley define como objeto del nuevo texto legal, o lo que es lo mismo, establece la respuesta del legislador a la pregunta de ¿Qué se entiende por violencia de género a efectos legales?, al exponer que es “*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

Definición de la cual se pueden extraer algunos elementos que son necesarios que se den para que una violencia tenga la consideración y, por tanto, la regulación y tipificación de ‘género’: en primer lugar, que el actor o sujeto activo sea un hombre y el pasivo sea una mujer⁶; así como que exista, o haya existido, una relación de afectividad más allá de la propia de la amistad, y, por último, un tercer elemento discutible, que será el tema matriz de análisis en este trabajo, consistente en la existencia de un contexto machista en el móvil de la agresión, es decir, que la agresión se dé bajo una intención o un ánimo de dominar, humillar, subordinar o de machismo del hombre sobre la mujer.

Y es este último elemento descriptivo que se puede extraer del contenido del artículo 1.1 de la LO 1/2004 –que recordemos que afirmaba que “*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”–, y que viene corroborado por la propia Exposición de Motivos de la Ley⁷, el cual no se incorporó en la redacción de

⁶ En este sentido la Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de la Fiscalía General del Estado, establece que «*la dicción legal del artículo 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección*». No obstante, continua diciendo que «*sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer*».

⁷ La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 establece que “*...Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”.

los tipos penales citados previamente, como se puede comprobar, por ejemplo, en los artículos 153.1⁸ o 171.4⁹ del Código Penal.

Ello no obstante, y a partir del contenido de dicho precepto se ha suscitado una diversa y heterogénea jurisprudencia que ha derivado en una polémica jurisprudencial, así como doctrinal en cuanto a la exigencia del contexto de dominación o de machismo.

Siendo esta controversia el objeto de estudio, realizaré un análisis jurisprudencial centrado en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, desde la promulgación y entrada en vigor de la LO 1/2004¹⁰ hasta el dictamen de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo¹¹ número 677/2018, de 20 de diciembre, que será el punto central del estudio, al haber producido un punto de inflexión en las posturas jurisprudenciales previas emanadas del propio Tribunal Supremo.

⁸ Precepto que establece que “*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años*”.

⁹ Precepto que establece que “*El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”.

¹⁰ LO 1/2004, como ya se ha comentado, entró en vigor, en su totalidad, el 29 de junio de 2005.

¹¹ En adelante será encontrada mediante la abreviatura de STS.

2. TRATAMIENTO PENAL DE LA SALA 2º DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como acabamos de señalar en este epígrafe se hará un análisis de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo en el periodo temporal que va desde la entrada en vigor de la LO 1/2004, el 29 de junio de 2005, hasta el dictamen de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre.

Periodo temporal en el cual de la praxis judicial se pueden deducir tres posturas adoptadas por la Sala 2º del Tribunal Supremo, sobre la exigencia o no de una intención o un ánimo de dominar, humillar, subordinar o de machismo del hombre sobre la mujer en aquellos tipos penales referidos a la violencia de género. No obstante, este estudio será enfocado desde el delito de maltrato singular del artículo 153.1 del Código Penal, como consecuencia de que la mayor parte de las resoluciones judiciales se pronuncian sobre o en base a este delito.

Exponiéndose pues las posturas existentes al respecto:

2.1. Postura que defiende la aplicación automática de la violencia de género

El Tribunal Supremo siguiendo un criterio oscilante ha dictado diversas resoluciones en las que opta por una interpretación literal del artículo 153.1 del Código Penal, en las que entiende que los elementos del delito que en ese precepto se recogen son: por un lado, que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo sea una mujer¹² y, por otro lado, que exista, o haya existido, una relación de afectividad (de pareja¹³). No esbozándose en ningún momento la necesidad de que la conducta posea una motivación o unas connotaciones especiales (STS 807/2010, de 30 de septiembre¹⁴).

¹² Recordemos que, en este sentido la Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de la Fiscalía General del Estado, excluye del ámbito de especial protección de la LO 1/2004 a las parejas de un mismo sexo, pero incluye, no obstante, a «*las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer*».

¹³ Entendiéndose por las relaciones donde exista un lazo matrimonial o las análogas con un carácter de afectividad, aún sin convivencia, pretérita o presente.

¹⁴ Véase el fundamento de derecho 2º, que establece que «*En apoyo de la objeción relativa al art. 153 C.Penal se afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas.*

Però la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo

Exigiéndose únicamente, a efectos legales para su aplicación, que el acusado haya hecho uso de la fuerza física para imponer una conducta contra la voluntad de la perjudicada, estando esta relacionada afectivamente, en el presente o en el pasado, con él¹⁵.

A raíz de esto, se defiende que es de aplicación automática sin necesidad de especiales elementos subjetivos u objetivos del tipo de lo injusto, al argumentar que conforme a la literalidad del precepto parece fuera de dudas que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad, integra dicho delito, ya que *«ese golpe, más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de la mujer maltratada, se produce en un contexto convivencial de degradación de los principios y valores que han de regir la relación personal, aspectos que el precepto pretende tutelar penalmente y cuya constitucionalidad ha sido avalada»* (STS 510/2009, de 12 de mayo¹⁶).

Se refuta pues que el precepto en cuestión sanciona a quien cause a otro un menoscabo, mediante golpes o maltrato de obra sin causarle lesión, cuando esté otro sea la pareja o ex pareja femenina del autor. En este sentido se deduce que *«no es un delito de tendencia que exija un específico propósito de lesionar, sino un dolo concretado a los elementos del tipo objetivo, es decir, a la acción misma maltratadora»*¹⁷, por lo que se plasma la exigencia de que la desvaloración propia del comportamiento maltratador se encuentre en la concreta acción realizada por el autor, mediante una descripción suficientemente expresiva de esa condición¹⁸.

Por lo tanto, esta praxis judicial considera que el artículo 153.1 del Código Penal *«no requiere una intención especial, bastando el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y en la voluntad de ejecutar»* la

así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta.»

¹⁵ En este sentido se pronuncian la STS 338/2009, de 2 de abril en su fundamento de derecho 3º párrafo 3º y la STS 370/2009, de 6 de abril en su fundamento de derecho 4º párrafo 4º.

¹⁶ Esta sentencia se pronuncia al respecto haciendo referencia al ATC 233/2004, de 7 de junio y a la STC 100/2008, de 24 de julio y demás resoluciones del Pleno del Tribunal Constitucional que se pronuncian por la misma fecha sobre la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal.

¹⁷ Según establece la STS 1139/2009, de 30 de octubre en su fundamento de derecho 4º párrafo 3º.

¹⁸ En este sentido, nos encontramos también la STS 61/2010, de 28 de enero que en su fundamento de derecho 5º párrafo 5º que establece que *«el delito [del artículo 153.1 del Código Penal] se agota en el dolo, sin que añada el específico elemento subjetivo»* entendiéndolo como el ánimo de lesionar.

conducta delictiva, tal y como establece el fundamento de derecho 8º de la STS 526/2012, de 26 de junio.

En sintonía con esta postura se encuentran diversas audiencias provinciales, que entienden, en línea de la citada STS 807/2010, de 30 de septiembre, que ese supuesto «*elemento finalístico*» consistente en la intención de dominio o superioridad del hombre sobre la mujer, no es una circunstancia que figure entre los elementos de ninguno de los delitos referidos a la violencia de género previstos y penados en los artículos 153, 171 y 172 del Código Penal¹⁹, y lo más importante, que la prueba en el delito del acto de dominación o machismo nunca se exige que la aporte ni la fiscalía ni la acusación particular, «*solo deben probar los elementos relativos a la relación de pareja y los constitutivos del delito que se haya cometido, bien referido a la agresión, amenaza o coacción, pero nunca probar que en este acto hubo, tras el mismo, una intención específica recogida en el artículo 1 de la LO 1/2004*»²⁰.

En definitiva, esta postura jurisprudencial de la Sala 2º del Tribunal Supremo basada en la interpretación literal del artículo 153.1 del Código Penal, rechazando por tanto la consideración de una posición o un ánimo de dominar o discriminar a la víctima como elemento del delito, es la predominante en la diversa y extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo, de ahí que sea considerada la postura jurisprudencial mayoritaria en este período temporal previo a la STS 677/2018, de 20 de diciembre.

En este sentido, se han expuesto, siguiendo un criterio cronológico, la STS 338/2009, de 2 de abril; la STS 370/2009, de 6 de abril; la STS 510/2009, de 12 de mayo; la STS 1139/2009, de 30 de octubre; la STS 61/2010, de 28 de enero; la STS 807/2010, de 30 de septiembre –no obstante, esta resolución ha sido citada en primer lugar, dado que se erige como el principal anclaje de esta postura jurisprudencial–; y, por último, la STS 526/2012, de 26 de junio.

¹⁹ En este sentido véase, la SAP Alicante 733/2010, de 11 de noviembre (fundamento de derecho 2º); la SAP Madrid 797/2010, de 19 de mayo (fundamento de derecho 2º); la SAP Madrid 427/2010, de 27 de mayo (fundamento de derecho 2º); la SAP Madrid 977/2010, de 17 de junio (fundamento de derecho 2º); la SAP Madrid 315/2013, de 21 de marzo (fundamento de derecho 1º); y la SAP Tarragona 128/2009, de 21 de marzo (fundamento de derecho 4º).

²⁰ Según expone la SAP Alicante 518/2012, de 3 de septiembre en su fundamento de derecho 1º párrafo 23º.

2.2. Postura que defiende la necesidad de un especial ánimo de dominación masculina

Paralelamente a la postura jurisprudencial analizada previamente, que recordemos que rechaza la existencia de un elemento del delito consistente en una posición o ánimo de dominar o discriminar a la víctima asentándose en una interpretación literal del artículo 153.1 del Código Penal, existe una segunda postura jurisprudencial la cual considera que sí ha de exigirse un elemento subjetivo especial del tipo de lo injusto, argumentando que el fundamento del artículo 153.1 del Código Penal se explica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 y en su artículo 1.

Esto quiere decir que existen distintas resoluciones del Tribunal Supremo que consideran que la acción producida debe ser una expresión del ánimo machista o situación de dominio del hombre sobre la mujer para la aplicación del artículo 153.1 del Código Penal. Dado que, para su delimitación, se debe acudir al artículo 1 de la LO 1/2004 (objeto de la ley) que, como bien establece la STS 58/2008, de 25 de enero en su fundamento de derecho 4º, *«Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género»*. A lo que, añade la propia sentencia que *«La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión»*²¹, dado que *«se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo»*.

Es evidente que se requiere por tanto que la agresión sufrida por la mujer sea producto de la superioridad machista, por lo que, además del ánimo o intención de lesionar o agredir, se exige el predominio del agresor sobre la víctima para la constitución del delito de maltrato singular del artículo 153 del Código Penal, en

²¹ Un ejemplo de esto, son los propios hechos de la STS 58/2008, de 25 de enero: *«la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o... la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales»*.

concreto de su apartado 1, que tipifica una violencia de género integrada en los supuestos de protección integral de la LO 1/2004²².

Siguiendo esta línea, la STS 654/2009, de 8 de junio establece que no tiene lugar la aplicación del artículo 153.1 del Código Penal si los actos realizados por el componente masculino de la pareja, ya sea está actual o pasada, no se sitúan en el marco de una situación de dominio y/o discriminación para la mujer. Afirmación que realiza partiendo de la base de que no se puede seguir siempre el tenor literal del precepto del Código Penal, dado que, a pesar de que la literalidad de la norma penal no establece ninguna excepción, ha de realizarse una interpretación basada en criterios científicos usados por la doctrina y jurisprudencia, entre los que se encuentra el criterio teleológico, y, en este sentido, tiene especial significación lo que el legislador dice en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004²³.

²² En este sentido véase el párrafo 8º del fundamento de derecho 2º de la STS 566/2009, de 8 de junio. Además, los hechos de esta sentencia es otro claro ejemplo: «un episodio de "gran crudeza e intensa agresividad", que comenzando con reproches, propios de una inaceptable posición de dominio, respecto a la prohibición a la mujer de salir del domicilio con una determinada vestimenta, y respeto a la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales, desembocó en la causación de graves quemaduras causadas dolosamente por el hombre a la mujer».

²³ Véase el fundamento de derecho 2º, que establece que «En relación con la doctrina establecida por el TS en la sentencia nº 58/2008, de 25 de enero, dice el Ministerio Fiscal que "siguiendo la doctrina anterior, es evidente que el motivo de la discusión que desemboca en la agresión es determinante, en cada caso concreto, para elevar simples faltas a un delito del art. 153 CP, dado que aquél puede reflejar la inadmisibile posición dominante y opresora del hombre sobre la mujer". (...)

Por todo lo expuesto, estima el Ministerio Fiscal que "las lesiones que sufrieron ambos acusados deben subsumirse respectivamente en el art. 153.1 y 153.2 CP".

El Tribunal de instancia, por su parte, afirma que las versiones dadas por cada uno de los miembros de la pareja implicada en los hechos de autos, "deben ser consideradas en términos de defensa, puesto que de las lesiones padecidas por ambos se colige que ninguno de ellos actuó sólo para defenderse, sino que adoptó una posición activa agrediendo al otro, habida cuenta de que sólo de esta manera pueden explicarse las lesiones que cada uno sufrió" (FJ 1º).

Argumenta el Tribunal de instancia, en pro de su tesis, que pese a que la literalidad del precepto no establece excepción alguna, la interpretación de la norma penal, según el Tribunal Constitucional, "no puede circunscribirse siempre al tenor literal de la misma, sino que, sin desconocerlo y sin sobrepasarlo, debe efectuarse una interpretación basada en criterios científicos usados por la comunidad jurídica, entre los que se encuentra en teleológico", y, en el presente caso, "se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, por lo que castigar conductas como las declaradas probadas por la vía del art. 153 del CP con la pluspunición que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger" (FJ 4º). (...)

En este sentido, hemos de reconocer que el criterio teleológico de interpretación de la norma penal constituye, sin la menor duda, uno de los criterios comúnmente aceptados por la doctrina científica y por la jurisprudencia; y, en este sentido, cobra especial significación lo que el legislador dice, en la exposición de motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, (...)

Con todo esto, se defiende, en contraposición con la postura que se ha analizado en el apartado anterior, que no es automática la aplicación del artículo 153.1 del Código Penal al establecerse la necesidad de que la acción agresiva sea –como por imperativo legal establece el artículo 1 de la LO 1/2004– *“manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”*²⁴. Ya que tiene como fundamento y como marco de desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género al considerar el *«mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, "...porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa" (STC nº 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio)»*²⁵. De igual forma, se sostiene que es viable que el acusado pueda defenderse de la imputación, presentando prueba en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva con el objetivo de demostrar las circunstancias concurrentes al ejecutar la conducta típica y el “animus” que le impulsó a actuar como lo hizo, ya que se trata de un delito eminentemente doloso²⁶.

En conclusión esta praxis judicial entiende, que el delito tipificado y penado en el artículo 153.1 del Código Penal está constituido por los siguientes elementos que recoge la STS 1376/2011, de 23 de diciembre en su fundamento de derecho 2º:

d) Que el hecho enjuiciado en la STS 58/2008, de 23 de enero, especialmente citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, se refiere a un supuesto radicalmente distinto del que es objeto del presente recurso, por cuanto se trataba de un caso en el que el hombre había prohibido a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón y ella se había negado a mantener relaciones sexuales con su compañero, por lo que la conducta de éste constituye, sin la menor duda, una manifestación clara de "superioridad machista", en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer y por tanto, este tipo de conductas encajan perfectamente en el tipo penal aquí cuestionado.

Si, por todo lo dicho, llegamos a la conclusión de que, en el presente caso, no consta que la conducta del acusado Florian, causante de las lesiones leves sufridas por su compañera que el Tribunal sentenciador ha calificado como constitutivas de una simple falta del art. 617.1 del CP, se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas "machistas", de tal modo que por ello no procediera, respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 del CP, resultaría un auténtico contrasentido calificar la agresión de la mujer causante de las lesiones de su compañero como constitutiva de un delito del art. 153.2 del CP.».

²⁴ Esto quiere decir, en otras palabras, que la acción agresiva se dé en la matriz de una relación de dominación, sometimiento y sumisión del hombre hacía la mujer.

²⁵ Según establece la STS 1177/2009, de 24 de noviembre en su fundamento de derecho 3º párrafo 2º.

²⁶ Según se entiende de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre en su fundamento de derecho 3º párrafo 5º.

- a. *«Un sujeto activo varón con lazo matrimonial o de análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, pretérita o presente, con sujeto pasivo mujer»²⁷.*
- b. *«Un elemento objetivo consistente en la producción de conductas o verbalizaciones potencialmente intimidatorias y constrictoras del ánimo del sujeto pasivo, pero sin que sea necesaria una concreta perturbación anímica, sugiriendo la comisión futura, más o menos inmediata de un mal. La nota de persistencia se pondera bajo el prisma de la falta de amenazas».*
- c. *«Un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina».*
- d. *«El dolo genérico de convivencia y voluntariedad del acto».*
- e. *La concurrencia de «circunstancias concomitantes a los hechos que permitan valorar la conducta como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad material».*

Siendo la inclusión del tercer elemento citado (*«Un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina»*) la nota distintiva de esta postura.

En la exposición de esta praxis judicial he seguido un criterio cronológico, comenzando por: la STS 1309/2005, de 11 de noviembre, la STS 409/2006, de 13 de abril la STS 58/2008, de 13 de abril; la STS 566/2009, de 28 de mayo; la STS 654/2009, de 8 de junio; la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, hasta llegar a la STS 1376/2011, de 23 de diciembre. Asimismo, existen múltiples audiencias provinciales que se han pronunciado siguiendo esta postura jurisprudencial: SAP Albacete 133/2009, de 2 de junio; SAP Barcelona 1363/2009, de 15 de octubre; SAP Barcelona 1247/2008, de 20 de noviembre; SAP Castellón 415/2005, de 9 de diciembre; SAP

²⁷ La propia sentencia analiza este primer elemento del delito, expandiendo su consideración al decir en el fundamento de derecho 2º párrafo 8º que *«...en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación».*

Castellón 463/2009, de 2 de febrero; SAP Castellón 504/2010, de 9 de diciembre; SAP Murcia 144/2010, de 11 de junio; SAP Murcia 140/2012, de 5 de junio; SAP Tenerife 296/2011, de 19 de julio; SAP Valencia 451/2008, SAP Valencia 7/2009, de 19 de enero; y SAP Valladolid 291/2013, de 11 de julio.

De esta relación se puede decir que esta praxis judicial que a raíz de la reducida cantidad de pronunciamientos en la misma línea se considera que es la postura minoritaria, en contraposición, de la postura analizada en el apartado 2.1 de este estudio, la cual era considerada, como ya se advirtió, como la postura mayoritaria en este objeto de discusión.

2.3. Postura que defiende la necesidad de la vinculación del comportamiento con patrones culturales de naturaleza machista

Hasta ahora se ha analizado la confrontación interpretativa sobre la aplicación de los delitos de violencia de género, en especial sobre el artículo 153.1 del Código Penal. Encontrándonos, por un lado, la que se considera la postura mayoritaria –analizada en el apartado 2.1 de este estudio– que se fundamenta en la interpretación literal del artículo 153.1 del Código Penal, negando y rechazando la consideración de un elemento del delito consistente en la dominación, sometimiento o discriminación a la víctima. Y, por otro lado, nos hemos encontrado, la postura minoritaria, aunque con el paso del tiempo ha ido adquiriendo más adeptos –analizada en el apartado 2.2 de este estudio–, que considera que el artículo 153.1 del Código Penal ha de interpretarse en relación con la Exposición de Motivos y el artículo 1 de la LO 1/2004, y en consecuencia, que existe, a pesar de que no lo recoja el citado precepto del Código Penal, un elemento subjetivo especial del delito «*consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto*»²⁸ de dominación, discriminación y sumisión del hombre respecto a la mujer.

Por el contrario, existe una tercera postura derivada de la promulgación de la sentencia del Tribunal Supremo número 856/2014, de 26 de diciembre, que se basa y se complementa con el Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2013²⁹, que descarta la existencia de un elemento subjetivo del injusto en consonancia con la postura mayoritaria, pero disiente de esta, al señalar que la manifestación de la

²⁸ Como bien se establecía en el párrafo 5º del fundamento de derecho 2º de la STS 1376/2011, de 23 de diciembre.

²⁹ Auto del Tribunal Supremo que en adelante será encontrado como ATS de 31 de julio de 2013.

discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer “*no es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico*”. Por tanto, se defiende que ese elemento especial que se debe dar para tipificar la acción punible como delito del artículo 153 del Código Penal, en concreto del apartado 1 de dicho precepto, hay que buscarlo “*en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades*” como si defiende la postura minoritaria analizada en el apartado 2.2 de este estudio.

En este sentido, se argumenta en el fundamento de derecho 7º del ATS de 31 de julio de 2013, que cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta cuestión (en las sentencias 59/2008 de 14 de mayo, o 127/2009 de 26 de mayo, entre otras) exigiendo ese otro desvalor en la acción punible, no está procediendo a requerir *«reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo»*.

En consecuencia, la citada STS 856/2014, de 26 de diciembre, en su fundamento de derecho 4º y el mencionado ATS de 31 de julio de 2013 en su fundamento de derecho 7º establecen que *«No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (...) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada»*.

Siguiendo con esta praxis judicial se encuentra la SAP Guadalajara 77/2017, de 12 de mayo que establece que en base del citado auto y sentencia del Tribunal Supremo de 2013 y 2014 respectivamente, *«Queda pues zanjada la discusión en cuanto a la necesidad o no de ese elemento subjetivo específico reclamado por parte*

de la doctrina y de algunas Audiencias Provinciales, pues, partiendo de lo dispuesto tanto en la Ley como por la Jurisprudencia Constitucional, no se exige dicho elemento subjetivo específico del injusto», siendo únicamente requerido ese componente machista o de dominación del hombre hacía la mujer vinculado al comportamiento en el plano objetivo.

Una cuestión controvertida y no tratada por la jurisprudencia que se pronuncia en esta línea interpretativa del artículo 153.1 del Código Penal, es la relativa a la carga de la prueba. Si bien en la primera postura analizada nos encontrábamos que no cabe prueba en contrario y en la segunda postura nos encontrábamos con que es el acusado quien ostenta la carga de la prueba en relación a las circunstancias concurrentes y al ánimo que le llevo a realizar la acción típica. En esta tercera posición no se establece nada al respecto, por lo que entiendo y considero, que ha de acudirse a las reglas generales de atribución de la carga de la prueba, por las que la parte acusadora debe probar el hecho ilícito imputado al encausado o procesado y su participación en el mismo para desvirtuar la presunción de inocencia de la que parten todos los acusados³⁰, conforme al artículo 24.2 de la Constitución Española³¹.

En síntesis, esta tercera postura analizada mediante el ATS de 31 de julio de 2013 y la STS 856/2014 de 26 de diciembre, se posiciona como una postura minoritaria, pero destacable al tener una perspectiva totalmente distinta a las posturas examinadas en los apartados 2.1 y 2.2 de este estudio.

³⁰ Dependiendo de la etapa de la investigación existe una denominación en el proceso penal para la persona acusada: 1) investigado, 2) encausado, 3) acusado y 4) condenado (si se dicta sentencia firme condenatoria).

³¹ “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

3. SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 677/2018, DE 20 DE DICIEMBRE

Desde que se aprobó la Ley Integral contra la Violencia de Género ha tenido lugar un conflicto doctrinal y jurisprudencial respecto al elemento machista al que alude esta ley en su artículo 1, el cual no fue traspuesto a la redacción de los preceptos del Código Penal en la reforma que provocó la propia LO 1/2004.

Conflicto en el que durante todo el periodo temporal previo a la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre –que como se ha expresado reiteradamente constituye el punto central de este estudio–, subsistieron 3 posturas:

- I. Una primera postura (considerada mayoritaria) que entiende que si se da la acción punible³² sobre la mujer y la relación de afectividad entre los sujetos, es suficiente para aplicar el delito de violencia de género del artículo 153.1 del Código Penal³³, sin posibilidad de prueba en contrario.
- II. Una segunda postura (considerada minoritaria) que confrontada y solapada temporalmente a la primera entiende que el machismo o elemento machista³⁴ debe probarse junto a los demás elementos del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal por el acusado³⁵.
- III. Una tercera postura (considerada minoritaria, aunque destacable) que disiente de las dos posturas previas al entender que, además de la acción punible y de la relación de afectividad más allá de la propia amistad entre ambos sujetos, se exige un elemento machista o de dominación vinculado a la acción punible³⁶.

³² Acción punible que es entendida en líneas generales como la agresión, amenaza o coacción sin causar lesión.

³³ Es decir, se defiende que es de aplicación automática sin necesidad de especiales elementos subjetivos u objetivos del tipo de lo injusto.

³⁴ Machismo o elemento machista que es entendido como bien establece la STS 1376/2011, de 23 de diciembre en su fundamento de derecho 2º párrafo 5º como «*Un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina*».

³⁵ Es decir, se defiende que no es de aplicación automática, en contraposición a la primera postura.

³⁶ Significa esto que, poniendo en común lo establecido en el artículo 153.1 del Código Penal con lo que se expone en la propia Exposición de Motivos y en el artículo 1 de la Ley de Violencia de Género, se exige ese elemento especial de dominación del hombre sobre la mujer como elemento objetivo del tipo penal, y no en relación con «*los ánimos o intencionalidades*» como bien establece la STS 856/2014, de 26 de diciembre en su fundamento de derecho 4º párrafo 40º.

Teniendo pues presente estas tres posturas que subsistieron en el pasado, el Pleno del Tribunal Supremo dictó el 20 de diciembre de 2018 una sentencia con número 677/2018, que constituyó un punto de inflexión en el conflicto antes referido, al establecer que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, así como que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o ex pareja es un hecho constitutivo de violencia de género. Si bien es cierto que la decisión es contundente no fue por unanimidad, pues cuenta con un voto particular suscrito por cuatro de los catorce magistrados que constituyen el Pleno del Tribunal Supremo.

Los hechos probados de esta sentencia son los siguientes: una pareja sentimental que discutía vehementemente en la calle porque no se ponían de acuerdo sobre el momento de regresar a casa. Tan intensa fue la desavenencia que se agredieron recíprocamente, aunque no constan lesiones ni denuncia de ninguno de los dos. No obstante, si se querelló el Ministerio Fiscal solicitando la condena de ella por el delito de maltrato doméstico del artículo 153.2 del Código Penal y a él por el más grave delito de violencia de género del artículo 153.1 del Código Penal.

Tras dos absoluciones en el Juzgado de lo Penal y en la Audiencia Provincial, el litigio termina en la Sala 2º de lo Penal del Tribunal Supremo, que en sentencia del Pleno estima el recurso de casación del Fiscal y condena con el mínimo al sujeto varón a la pena de seis meses de prisión y a la sujeto mujer a la de tres meses de prisión.

A continuación, voy a exponer el razonamiento de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo por el cual estimó el recurso de casación por infracción de ley e inaplicación de los artículos 153.1 y 2 del Código Penal y decidió condenar a los procesados, y posteriormente el razonamiento utilizado por los cuatro magistrados que formularon el voto particular discrepando de la sentencia de la mayoría, en sendos apartados.

3.1. Fallo de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo en esta ocasión dictó el fallo de la sentencia defendiendo que el delito de maltrato de obra sin causar lesión que tipifica el artículo 153.1 del Código Penal es de aplicación automática –al igual que defendía la primera postura analizada en el apartado anterior–, ya que considera que dicho delito se delimita

únicamente por los elementos que recoge el precepto del Código Penal, sin la necesidad de exigir ningún elemento especial. En otras palabras, considera el Tribunal Supremo que si se añade a los dos elementos base del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal³⁷ un elemento especial consistente –como proclama el artículo 1.1 de la LO 1/2004– en la manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer conllevaría *«descontextualizar o desnaturalizar la tutela penal contra la violencia de género e implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal»*³⁸.

En este sentido el Pleno del Tribunal Supremo se basa en las SSTS 33/2010 de 3 de febrero, 807/2010 de 30 de septiembre, y 526/2012 de 26 de junio para señalar que en la aplicación del tipo de lo injusto previsto en el artículo 153.1 del Código Penal es totalmente indiferente el móvil del autor, si se da la acción punible consistente en la agresión, amenaza o coacción sin causar lesión.

A raíz de esto, establecen los magistrados del Pleno que no es posible trasladar los conceptos de dominación o machismo a los elementos del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal, ya que esto conllevaría exigir un elemento intencional consistente en la dominación o el machismo del hombre sobre la mujer como un dolo específico del tipo de lo injusto. Y en esa situación estaríamos sacando de contexto *«la verdadera intención del legislador para llevar al tipo penal un fundamento extraído de la Exposición de Motivos de una norma legal»*³⁹, como es la LO 1/2004⁴⁰.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo en esta resolución establece como criterio interpretativo que no tiene lugar en ningún caso la exigencia como elemento del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal de *«ese elemento subjetivo del injusto, pero ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco, cuando se trata de un acometimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena»*.

³⁷ Recordemos que eran: por un lado, un sujeto activo varón y un sujeto pasivo mujer, y por otro lado, que exista una relación de pareja entre ambos sujetos, ya sea actual o pretérita.

³⁸ Véase el fundamento de derecho 2º punto 9 de la STS 677/2018, de 20 de diciembre.

³⁹ Véase el fundamento de derecho 3º punto 10 párrafos 10º y 11º de la STS 677/2018, de 20 de diciembre.

⁴⁰ En esta línea el Pleno del Tribunal Supremo hace referencia en el fundamento de derecho 3º punto 5 párrafo 7º solo a la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de noviembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ya que es la citada en la instancia judicial previa. No obstante, considero que es extrapolable y aplicable también a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En esta línea el Pleno considera que, si el legislador hubiera querido, hubiera incorporado a dicho precepto ese componente subjetivo de elemento intencional en la comisión del delito, como así lo ha hecho en otros tipos penales. Pero, como en el caso que nos atañe en este estudio, el legislador no ha incluido ningún *animus* determinado en las conductas del artículo 153.1 del Código Penal, la exigencia de su prueba queda fuera del tipo penal, pues si se exige, en consonancia con lo establecido se estaría produciendo un exceso en la exigencia de la prueba a practicar en el plenario que no está requerido en este tipo de lo injusto⁴¹.

En consecuencia, la exclusión, o lo que es lo mismo, la no inclusión por parte del Tribunal Supremo de ese determinado elemento subjetivo particular en el tipo penal en cuestión, lo deja, tan solo, en una mención como el fundamento de justificación de la reforma legal, pero no como elemento del tipo penal.

Es preciso aclarar en este punto que únicamente el Pleno del Tribunal Supremo se pronuncia en esta sentencia sobre la dominación o el machismo del hombre sobre la mujer⁴² como elemento subjetivo del tipo de lo injusto a consecuencia de que el recurso de casación del Ministerio Fiscal tenía como objeto la incongruencia de exigir ese contexto o posición de dominación o machismo como un elemento subjetivo del delito de maltrato singular o violencia de género del referido artículo 153.1 del Código Penal. No obstante, interpreto que, a pesar de que su pronunciamiento es únicamente como elemento subjetivo, su teoría es extensible al plano objetivo, ya que el Pleno establece que la situación de dominación o de machismo del hombre hacía la mujer no se considera –hablando de manera genérica– un elemento del tipo penal desde el punto de vista estrictamente jurídico⁴³.

⁴¹ Dado que el fundamento de derecho 3º punto 5 párrafo 3º de la STS 677/2018, de 20 de diciembre establece que el artículo 153.1 del Código Penal no incluye ni exige «entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino en el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal».

⁴² También denominado, por el artículo 1.1 de la LO 1/2004, la manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.

⁴³ Véase el fundamento de derecho 3º punto 5 párrafo 12º de la STS 677/2018, de 20 de diciembre que establece que «No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría

En definitiva, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre falla condenando a ambos sujetos por el artículo 153 del Código Penal, pero concretamente condena al hombre por el delito de violencia de género del apartado 1º del artículo 153 del Código Penal en base a que se considera que se dan los elementos base del tipo penal, al no exigirse ni incluirse dentro de los elementos un específico ánimo de dominación o machismo que solo se menciona en la Exposición de Motivos de una ley. Y, por ende, no se posibilita la prueba de dicho ánimo, dado que comportaría un exceso en la exigencia de la prueba a practicar en el plenario que no está requerido en el tipo penal en cuestión⁴⁴, ya que se considera, en esta línea interpretativa, que el legislador no quiso adicionar dicho elemento –pudiendo haberlo hecho–, quedándose por tanto en una mención como el sustrato o causa de la justificación de la reforma penal llevada a cabo.

Estos argumentos expuestos por el Pleno del Tribunal Supremo se constituyen como un cambio de criterio frente a las posturas previamente analizadas en el apartado 2 de este estudio.

3.2. Voto Particular de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 677/2018

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre recordemos que centra su argumentación y fallo en el rechazo de la decisión adoptada por las sentencias de instancias judiciales previas, estimando en consecuencia el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al interpretar que no existe ese elemento subjetivo consistente en una intención o ánimo de dominación o machismo en el tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal. No obstante, y en contraposición, nos encontramos el voto particular formulado por cuatro de los catorce magistrados del Pleno del Tribunal Supremo, en base a que entienden que «*el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debió ser desestimado en cuanto a la aplicación del artículo 153.1 del Código Penal (CP) al acusado*».

De modo que el voto particular que firman dichos magistrados se asienta – como bien se expone en el punto primero– sobre una tesis jurisprudencial ya acogida

existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo».

⁴⁴ En este sentido el Pleno del Tribunal Supremo en el fundamento de derecho 3º punto 5 párrafo 12º de la STS 677/2018, de 20 de diciembre establece que “*No existe una presunción de dominación iuris et de iure*”.

en diversas resoluciones de la Sala 2º del Tribunal Supremo, entre las cuales nos encontramos la STS 1177/2009, de 24 de noviembre⁴⁵, la STS 132/2013, de 19 de febrero⁴⁶ y la STS 856/2014, de 26 de diciembre⁴⁷. Sin embargo, reconocen que *«al lado de esta línea jurisprudencial existía otra de sentido contrario, que es la que ha seguido la sentencia de la mayoría»*.

En esta línea, y antes de entrar en el fondo del asunto, se establece que se *«prevé una penalidad más grave en los casos en los que las lesiones leves o el maltrato de obra tenga lugar en el ámbito de la pareja (actual o pasada), y dentro de estos, aún más grave cuando el autor sea el varón y la víctima su pareja o ex pareja femenina»*, mediante la exposición de las tres previsiones que contiene el Código Penal para el maltrato de obra ocasional, sin causar lesión y respecto de las lesiones que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, que son: en primer lugar, el artículo 147.2 y 3 que recogen el tipo atenuado del delito de lesiones y el delito de malos tratos respectivamente; en segundo lugar, el artículo 153.1 que tipifica el delito de violencia de género o también denominado delito de maltrato singular *“cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga*

⁴⁵ Véase el fundamento de derecho 3º que establece que *«no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer". (...)*

Si, como hemos establecido líneas atrás, la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles, habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediatez y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracteriológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes».

⁴⁶ Véase el fundamento de derecho 7º párrafo 3º que establece que *«El hecho probado es claro en la relación de insultos y golpes y de expresiones de superioridad en orden a los amigos y amigas con las que podía salir o a cambios de indumentaria de la perjudicada en el hecho porque al acusado no le parecía oportuna. Estos hechos revelan un empleo de la violencia como manifestación de una pretendida superioridad y de una falta de respeto hacia la mujer que es la típica de los delitos objeto de la condena».*

⁴⁷ Véase el fundamento de derecho 4º párrafo 34º que establece que *«No siempre que concurren todos los elementos objetivos típicos del art. 153.1º se podrá apreciar ese mayor desvalor. El Tribunal razona en unos términos que conducen a la conclusión de que el precepto solo podrá venir en aplicación cuando se aprecie ese mayor desvalor, lo que será habitual pero no automático. No son descartables a priori situaciones en que excepcionalmente la conducta escape totalmente de ese sustrato de intolerable asimetría arraigada que justifica la mayor sanción y que, en consecuencia, no deba castigarse por la vía del art. 153.1º para no incurrir en una discriminación no legítima constitucionalmente».*

relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”; y, en tercer lugar, el artículo 153.2 que recoge y tipifica el delito de maltrato de obra sin causar lesión, cuando los sujetos no se encuentren entre los mencionados en el artículo 153.1 del Código Penal.

Por lo que, al aparecer con claridad *«la justificación de la diferencia en el trato dispensado legalmente a los diferentes casos ha de basarse en consideraciones relacionadas con la violencia de género»*. Violencia de género que se entiende por la LO 1/2004 –como se ha afirmado en diversas ocasiones en este estudio– que es *“la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

Lo cual apunta a que no se trata por tanto de *«actuar contra cualquier violencia desarrollada por quienes son o han sido pareja sentimental contra su pareja, ni siquiera de actuar contra la violencia ejecutada por el miembro varón de la pareja contra el miembro femenino de la misma»*, sino que se trata *«solamente, en aquellos casos en los que la violencia sea una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”»*.

Esto nos lleva a la afirmación de que la *«justificación se encuentra en la mayor lesividad de una determinada conducta del varón en el marco de las relaciones de pareja, actual o pasada, que se caracteriza porque se encuadra en una pauta cultural identificada por la consideración de la inferioridad y sumisión de la mujer respecto del hombre en ese marco de relación. De esta forma, se justifica que la ley, en su previsión de carácter general contemple esos casos y les asocie una mayor pena, respondiendo a una mayor necesidad de prevención, como función relevante de aquella»*.

No obstante, dicha afirmación ataca a la legitimidad de la previsión legal, ya que no se puede trasladar como algo implícito en cada caso. Siendo dos las razones por las que los magistrados consideran que afecta a la legitimidad de la previsión legal:

- I) La primera, porque, *«aunque pueda afirmarse que esa pauta cultural rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación intelectual del ciudadano, (...) la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan».*
- II) Y la segunda, más relacionada con el ámbito penal, porque *«no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues [es] evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley».*

Con respecto a esta segunda razón los magistrados del voto particular puntualizan, en referencia a la sentencia de la mayoría del Pleno, que *«si se admite, como se hace en la sentencia de la mayoría, que el acusado puede probar que no existe el elemento relativo a la dominación y tal prueba excluiría la aplicación del artículo 153.1 CP, se está también admitiendo implícitamente que ese es un elemento necesario del tipo. Y si es así, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo».*

En consecuencia, esa pauta cultural, que es identificada por *«la consideración de la inferioridad y sumisión de la mujer respecto del hombre en ese marco de relación»*, en la que debe de estimarse que se realiza la acción, necesita ser demostrada *«por la acusación»*, y no por el propio acusado, como interpretaba la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo. Esto es, que por respeto de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia no puede presumirse en contra del acusado que su acción se da en un contexto de inferioridad y sumisión de la mujer por el mero hecho de ser varón.

A este respecto, el voto particular hace referencia al fundamento de derecho 3º de la sentencia de la mayoría, ya que está interpreta que *«ninguno de los apartados del artículo 153 [del Código Penal] incluye ni exige “entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer”»*. Pero, si ese contexto de dominación es eliminado, *«la diferencia en el trato, en la aplicación de la ley, no quedaría justificada, vulnerándose con ello el artículo 14 de la Constitución»*. Siendo pues imprescindible llevar a cabo una interpretación del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal que, en su aplicación, evite la vulneración del principio de igualdad ante la ley que proclama el citado artículo 14 de la Constitución Española, exigiendo por tanto que se demuestren los elementos que acreditan el trato desigual.

De manera que el citado contexto de dominación o machismo *«no consiste en una determina voluntad o intención del sujeto activo»*, sino que se postula como un tercer requisito o elemento del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal, junto a los otros dos elementos base del tipo⁴⁸. Y en este sentido se señala que no es un elemento subjetivo sino un elemento objetivo del tipo de lo injusto, y para esto los magistrados del voto particular se apoyan en el ATS de 31 de julio 2013 y la STS 856/2014, de 26 de diciembre⁴⁹.

Asimismo, se señala mediante el uso de la STS 526/2012, de 26 de junio⁵⁰ que es suficiente que *«el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada. Y que, sabiéndolo, decida ejecutar la conducta imputada»*.

Por lo tanto, se deduce de los argumentos expuestos en el voto particular de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018 que los razonamientos utilizados por la sentencia de la mayoría del Pleno no son para nada concluyentes, llegando al punto de vulnerar principios fundamentales del Derecho Penal, así como, estableciendo premisas que pueden llegar a ser contradictorias. Por lo que, defienden

⁴⁸ Véase el punto 6 párrafo 1º del voto particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre.

⁴⁹ Véase el punto 6 párrafo 2º del voto particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre que establece que *«Entiendo, por el contrario, en coincidencia con lo que se argumentaba en el Auto de 31 de julio de 2013, Causa Especial 20663/2012, recogido después en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco de relación caracterizado por esa dominación. Es decir, un marco en el que la mujer es situada como un ser inferior, subordinado al hombre e incapaz de tomar decisiones propias que hayan de ser respetadas como procedentes de un ser humano con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro»*.

⁵⁰ Véase su fundamento de derecho 8º al establecer que *«El artículo 153, en cuanto tipifica el maltrato de obra, no requiere una intención especial, bastando el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y en la voluntad de ejecutar la conducta que los realiza»*.

los cuatro magistrados que formulan el voto particular que el contexto o posición de dominación o machismo debe de considerarse un elemento objetivo del tipo penal de violencia de género que tipifica el artículo 153.1 del Código Penal, el cual debe ser probado por la acusación.

Dicho esto, al respecto de la controversia jurisprudencial objeto central de este estudio, me posiciono en la línea de esta praxis judicial. Por el hecho de que considero que los razonamientos llevados a cabo por la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo⁵¹ son a la par de contradictorios entre sí, contrarios al Derecho, pues atentan contra los principios fundamentales de culpabilidad y de presunción de inocencia al entender: por un lado, que por el simple y mero hecho de que un hombre agrede, amenace o coaccione sin llegar a causar lesión a su pareja (actual o pretérita), este está actuando en un contexto de dominación, discriminación o sumisión del hombre sobre la mujer. Y por otro lado, que quien debe probar que no existe dicho elemento relativo a la dominación o machismo es el acusado.

En resumidas cuentas, a mi entender la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo esta presumiendo la concurrencia de dicho elemento en contra del acusado o, lo que es lo mismo, admite la existencia de una presunción *iuris et de iure*, aunque la intente negar.

A raíz de lo cual, definiendo que debe de aceptarse y, por ende, exigirse como elemento objetivo del delito de violencia de género recogido y tipificado en el artículo 153.1 del Código Penal la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Dado que, considero que lejos de examinarse la violencia de género por su resultado, debe de examinarse teniendo presente las circunstancias y características de la acción⁵² que origine la posición de inferioridad, subordinación y sumisión de la mujer respecto de su pareja masculina, ya sea actual o pretérita, en consonancia con lo interpretado en el voto particular de la STS 677/2018 y en la segunda postura previa que lleva por título “*Postura que defiende la necesidad de la vinculación del comportamiento con*

⁵¹ Dichos razonamiento de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo de la STS 677/2018, de 20 de diciembre son semejantes a los argumentos en los que se basa la primera postura analizada en el periodo temporal previo, que es la expuesta en el apartado 2.1 de este estudio.

⁵² En otras palabras, como bien expone el punto 7 párrafo 3º del voto particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre, «*El delito no requiere un dolo específico, bastando que el sujeto activo conozca el significado de su conducta y que, con ese conocimiento, decida ejecutarla*».

patrones culturales de naturaleza machista”. Asimismo, en esta línea y en consonancia por lo argumentado por los magistrados que formulan el voto particular, defiende que quien debe de probar dicho elemento debe ser la acusación, por el hecho de que las reglas básicas de atribución de la carga de la prueba así lo establecen y porque si fuera al contrario atentaría contra los principios fundamentales ya citados del proceso penal⁵³.

3.3. Resoluciones judiciales tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre

Partiendo de que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018, de 20 de diciembre se postula como un cambio de criterio frente a las posturas analizadas en el apartado 2 de este estudio. A continuación analizaré las recientes sentencias del Tribunal Supremo que se han promulgado tras la referida sentencia número 677/2018, en relación a la exigencia o no del contexto o ánimo de dominación, discriminación o machismo.

A este respecto nos encontramos la STS 99/2019, de 26 de febrero, la cual establece en su fundamento de derecho 3º y en consonancia con la decisión de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo que el legislador decidió en la reforma llevada a cabo en su momento elevar la pena a las conductas del artículo 153.1 del Código Penal porque *«considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad»*, ya que el *«agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista»*. Siendo lo relevante en estos tipos penales de agresión, donde existe *«ese contexto relacional de agresor y víctima»*, que cuando se llevan a cabo se da y son manifestación de la situación de discriminación de la mujer como sujeto pasivo del delito por parte del hombre como sujeto activo del tipo de lo injusto.

Y en esta misma línea nos encontramos la STS 217/2019, de 25 de abril, la cual establece en su fundamento de derecho 2º que para la constitución del delito de violencia de género tipificado en el artículo 153.1 del Código Penal basta con que exista una agresión probada del hombre hacía la mujer, aún cuando esta no haya causado lesión alguna.

⁵³ Que recordemos que eran los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia, dado que si se ignora el respeto de estos principio se estaría presumiendo en contra del acusado que su acción se da en ese contexto de dominación o machismo sobre la mujer por el hecho de ser varón.

Esto en cuanto a la jurisdicción del Tribunal Supremo, pero en instancias provinciales, nos encontramos diversas resoluciones que se pronuncian a raíz de la STS 677/2018, de 20 de diciembre, y también en sintonía con la decisión de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo. A este grupo pertenecen la SAP Álava 54/2009 de 26 de febrero; las SSAP Barcelona 58/2019 de 28 de enero, 67/2019 de 30 de enero, 118/2019 de 5 de febrero y 123/2019 de 6 de febrero; la SAP Granada 24/2019 de 21 de enero; y la SAP Madrid 148/2019 de 4 de febrero.

No obstante, es preciso remarcar que en la SAP Barcelona 58/2019, de 28 de enero y en la SAP Barcelona 67/2019, de 30 de enero se establece que se ven «obligados a cambiar el criterio que al respecto» venían «sosteniendo (...) al deber aplicar la STS Pleno 677/2018, de 20 de diciembre», ya que a pesar de que con anterioridad a la promulgación de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo habían aplicado dos criterios interpretativos del artículo 153.1 del Código Penal (primero, exigían un elemento subjetivo de dominación a la mujer para la culminación del delito –es decir, la postura analizada en el apartado 2.2 de este estudio–, y posteriormente, abandonaron dicha postura para pasar a exigir un elemento objetivo de dominación o machismo del hombre a la mujer –es decir, la postura analizada en el apartado 2.3–), la reiterada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo «sienta doctrina jurisprudencial y unifica el criterio a seguir por los Tribunales en la interpretación» del artículo 153 del Código Penal⁵⁴. Así pues la SAP Barcelona 118/2019, de 5 de febrero establece que «aplicando esta clara y reciente doctrina jurisprudencial, acreditada la agresión objetiva del recurrente a su pareja, la aplicación del tipo penal del artículo 153 del Código penal, es del todo correcta sin necesidad que la acusación tenga que probar la concurrencia de una situación de dominación entre el agresor y la víctima»⁵⁵.

En síntesis, el criterio establecido por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 677/2018 –aunque no fue por unanimidad– se ha postulado como la línea interpretativa que ha de seguirse en el delito de violencia de género recogido en el artículo 153.1 del Código Penal, por lo menos hasta el día de hoy (mayo de 2019).

⁵⁴ Véase el fundamento de derecho 5º de la SAP Barcelona 58/2019, de 28 de enero y el fundamento de derecho 3º de la SAP Barcelona 67/2019, de 30 de enero.

⁵⁵ Traducción del catalán al español del fundamento de derecho 3º párrafo 4º de la SAP Barcelona 118/2019, de 5 de febrero, que establece originariamente que «Per tant, aplicant aquesta clara i recent doctrina jurisprudencial, acreditada l'agressió objectiva del recurrent a la seva parella, l'aplicació del tipus penal de l' article 153 del Codi penal , és del tot correcta sense necessitat que l'acusació hagi de provar la concurrència d'una situació de dominació entre l'agressor i la víctima».

4. CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación parte de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que se promulgó para dar una mejor respuesta ante los casos de violencia de género, entendiendo esta como *“la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

La promulgación de esta LO 1/2004 conllevó la modificación de algunos preceptos del Código Penal, entre los que se encuentra el artículo 153.1. No obstante, dicha modificación trajo consigo una controversia jurisprudencial sobre la exigencia o no del contexto de dominación o de machismo como elemento del tipo penal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto de esta polémica ha sido muy diversa y heterogénea, hasta el punto de existir tres posturas jurisprudenciales. La primera postura defiende la aplicación automática de la violencia de género, al entender que se aplicará de forma automática y sin que sea posible prueba en contrario el delito de violencia de género con la sola existencia de la agresión, amenaza o coacción sin causar lesión sobre la mujer y la relación de afectividad entre los sujetos. Por lo tanto, rechazando que el contexto de dominación o machismo sea un elemento del tipo penal.

Luego, la segunda postura defiende la necesidad de un especial ánimo de dominación masculina, al interpretar que para la aplicación del delito de violencia de género se requiere, además de la acción punible y de la relación de afectividad, que la agresión que recae sobre la mujer sea resultado del predominio del agresor sobre ella. Esta interpretación lleva a atribuir la prueba del ánimo de dominación o machismo al propio agresor y, por lo tanto, se postula en consecuencia una aplicación no automática del delito de violencia de género.

Y por último, la tercera postura defiende la necesidad de la vinculación del comportamiento con patrones culturales de naturaleza machista, al entender que el delito de violencia de género se delimita no solo por la existencia de la acción punible y de la relación de afectividad entre los sujetos, sino también por la concurrencia del contexto de dominación o machismo como elemento objetivo del tipo penal. Y en este

sentido, se considera que corresponde desvirtuar la presunción de inocencia del acusado a la parte acusadora, no siendo pues un tipo de lo injusto de aplicación automática.

Pero no solo se ha manifestado esta disparidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que se ha dado también en las audiencias provinciales. Siendo en estas instancias provinciales donde se ha defendido argumentando con mayor detalle y profundidad las diferentes posturas, sin existir un predominio general de ninguna de ellas.

En este panorama interpretativo, el Pleno del Tribunal Supremo dictó la sentencia número 677/2018, de 20 de diciembre, cuyo análisis se erige como el objeto central de este estudio. De manera que provocó un cambio de criterio al establecer una decisión –no unánime, pues existe un voto particular discrepando de la decisión adoptado por la mayoría de los magistrados del Pleno-, que se fundamentó en:

En que el delito de violencia de género se delimita por la agresión, amenaza o coacción sin causar lesión sobre la mujer y la relación de afectividad entre los sujetos. Añadir algún elemento más nos llevaría a reinterpretar la auténtica intención del legislador, así como, a desnaturalizar la tutela penal y a retroceder en la protección penal de la violencia de género.

Y en este sentido, el Pleno del Tribunal Supremo considera el concepto de dominación o machismo como una mera mención de la LO 1/2004 que se constituye como el fundamento de justificación de la reforma legal y, por ende, interpreta que no es posible la prueba del contexto de dominación o machismo, ya que comportaría un exceso en la exigencia de la prueba a practicar si se diera la posibilidad.

Frente a esta decisión de la mayoría del Pleno, cuatro de los catorce magistrados formularon un voto particular en el que disiente de la mayoría al establecer que:

El tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal trata de proteger únicamente en aquellos casos, en los que la violencia, considerada de género, sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

No pudiendo presumir por tanto en contra del acusado que su conducta es machista, por el simple hecho de ser hombre y golpear o maltratar a su pareja o ex pareja femenina. Siendo manifiesto que la prueba del delito y la desvirtuación de la

presunción de inocencia corresponden a la acusación. De modo que el contexto de dominación o machismo se debe de aceptar y exigir como un elemento objetivo del delito de violencia de género.

En vista de lo analizado considero, en sintonía con el voto particular, que los razonamientos de la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo para excluir del delito de violencia de género la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres hacia las mujeres no respetan los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia que rigen en el proceso penal. Por consiguiente, entiendo que este criterio jurisprudencial establecido por el Pleno de la Sala 2º del Tribunal Supremo ha rebasado los límites legislativos y perturbado abiertamente los fines de la norma, en base a que se está dando pie a una presunción *iuris et de iure* al interpretar que por el hecho de que un hombre agrede a su pareja o ex pareja este está actuando en un contexto de dominación, discriminación o sumisión respecto de la mujer, y que quien debe probar que no existe dicha dominación o machismo es el propio acusado.

De modo que, considero que debe de incluirse el contexto de dominación o machismo en todas sus variantes como un elemento objetivo del tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal, justificando así que la ley, en respuesta a una necesidad de prevención mayor, condene con una pena mayor al autor del delito, siempre y cuando la acusación desvirtué su presunción de inocencia.

En consecuencia queda esperar a las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que se irán dictando en el análisis de esta cuestión para comprobar si se ha dado por finalizada la controversia o, si por el contrario, se vuelve a cambiar y se adopta el criterio adecuado a este respecto.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ PILLADO, Esther y FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. *La violencia de género (Conoce tus derechos)*. 1^o Edición. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 2006. p. 3
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, vol. XXXIII, ISSN 1137-7550, p. 401-464.
- MAGRO SERVET, Vicente. *La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género*. La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. n^o 104, 2013. p. 126 a 130.
- MARÍ FARINÓS, Enrique. *La relación de dominación como fundamento material de aplicación del delito de violencia de género del artículo 153.1 de Código Penal*. 2016, N^o 8881, Sección Tribuna, Ref. D-429. Editorial Wolters Kluwer (Diario La Ley) [en línea]. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2018]. Disponible en Internet: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000239808/20161202/La-relacion-de-dominacion-como-fundamento-material-de-aplicacion-del-delito-de-v>

6. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

6.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- STC 127/2009, de 26 de mayo
- STC 59/2008, de 14 de mayo

6.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- ATS de 31 de julio de 2013
- STS 677/2018, de 20 de diciembre
- STS 856/2014, de 26 de diciembre
- STS 526/2012, de 26 de junio
- STS 1376/2011, de 23 de diciembre
- STS 807/2010, de 30 de septiembre
- STS 33/2010, de 3 de febrero
- STS 61/2010, de 28 de enero
- STS 1177/2009, de 24 de noviembre
- STS 1139/2009, de 30 de octubre
- STS 654/2009, de 8 de junio
- STS 566/2009, de 28 de mayo
- STS 510/2009, de 12 de mayo
- STS 370/2009, de 6 de abril
- STS 338/2009, de 2 de abril
- STS 58/2008, de 25 de enero
- STS 409/2006, de 13 de abril
- STS 1309/2005, de 11 de noviembre

6.3. Jurisprudencia de audiencias provinciales

- SAP Álava 54/2009, de 26 de febrero
- SAP Alicante 518/2012, de 3 de septiembre
- SAP Alicante 733/2010, de 11 de noviembre
- SAP Albacete 133/2009, de 2 de junio
- SAP Barcelona 123/2019, de 6 de febrero
- SAP Barcelona 118/2019, de 5 de febrero
- SAP Barcelona 67/2019, de 30 de enero
- SAP Barcelona 58/2019, de 28 de enero

- SAP Barcelona 1363/2009, de 15 de octubre
- SAP Barcelona 1247/2008, de 20 de noviembre
- SAP Castellón 504/2010, de 9 de diciembre
- SAP Castellón 463/2009, de 2 de febrero
- SAP Castellón 415/2005, de 9 de diciembre
- SAP Granada 24/2019, de 21 de enero
- SAP Guadalajara 77/2017, de 12 de mayo
- SAP Madrid 148/2019, de 4 de febrero
- SAP Madrid 315/2013, de 21 de marzo
- SAP Madrid 977/2010, de 17 de junio
- SAP Madrid 427/2010, de 27 de mayo
- SAP Madrid 797/2010, de 19 de mayo
- SAP Murcia 140/2012, de 5 de junio
- SAP Murcia 144/2010, de 11 de junio
- SAP Tarragona 128/2009, de 21 de marzo
- SAP Tenerife 296/2011, de 19 de julio
- SAP Valencia 7/2009, de 19 de enero
- SAP Valencia 451/2008, de 3 de diciembre
- SAP Valladolid 291/2013, de 11 de julio