

# XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA  
EMPRESA

17/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN DEBATE DE LA PONENCIA: ¿ES EXIGIBLE UN ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO? ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA ENTRE AUDIENCIAS PROVINCIALES.**

**Ponente:** Dr. D. Fernando de la Fuente Honrubia

**Relatora:** Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer.



**Fundación  
Internacional  
de Ciencias  
Penales**

**¿ES EXIGIBLE UN ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO? ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA ENTRE AUDIENCIAS PROVINCIALES.**

---

**Dr. D. Fernando de la Fuente Honrubia.** Ex profesor asociado de Derecho penal de la Universidad de Alcalá. Magistrado de lo Penal nº 3 de Cartagena.

**Relatora: Prof. Dra. D<sup>a</sup> Leticia Jericó Ojer.** Profesora Titular acreditada de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra.

El profesor De la Fuente Honrubia inicia su ponencia ofreciendo unos datos extraídos del Informe sobre Víctimas Mortales de la Violencia de Género y la Violencia Doméstica en el Ámbito de la Pareja o Expareja en el año 2010, relativo al número de mujeres muertas a manos de sus parejas o exparejas, edad de las fallecidas, nacionalidad, la interposición de denuncia previa o las órdenes de protección acordadas, entre otros.

El origen de la controversia debe situarse en la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modifica el art. 153 del CP. El fundamento de todas las disposiciones se encuentra en lo que el legislador denomina violencia de género que presenta un mayor desvalor porque afecta a la igualdad, seguridad y dignidad de las mujeres, motivando la diferencia normativa (mujer víctima), en su desigualdad y subordinación en el ámbito de la pareja. La cuestión radica en determinar si toda acción de violencia física, amenaza leve, coacción leve o lesión prevista en el artículo 147 CP que se suceda en el seno de una pareja debe considerarse necesaria y automáticamente como violencia de género.

Existen dos claros posicionamientos jurisprudenciales en relación con esta cuestión: Un primer sector (AP Murcia, Barcelona) considera que no toda acción violenta debe ser considerada necesariamente violencia de género del art. 153 del CP. Sólo en aquellos supuestos en los que la violencia sea una manifestación de la discriminación y subordinación de la mujer, cuando ésta asuma un rol de inferioridad que suponga un quebranto de la igualdad. Las restantes deben ser imputadas a título de falta. Por el contrario, otra corriente jurisprudencial (AP Madrid, Las Palmas), que no es necesario un ánimo tendencial ni una posición de dominio, sino exclusivamente la

constatación de los elementos subjetivos y objetivos del tipo global de injusto (Fundamento en STC 14 de marzo de 2008).

Las repercusiones prácticas de esta distinción son evidentes: 1º) Que el hecho pueda ser delito o falta depende del domicilio de la víctima, a tenor de la competencia jurisdiccional establecida en el art. 15 bis LECrim. 2º) El Juez de Violencia sobre la Mujer se encuentra en la tesitura de decidir si, cuando los hechos se producen en un territorio donde su Audiencia Provincial interpreta que la violencia de género sólo existe cuando se da el elemento tendencial, debe proseguir el procedimiento y que sea una cuestión que deba determinarla el Juez de lo Penal en el acto del juicio oral, como así ocurre en la práctica; 3º) Idéntica problemática se plantea por lo que respecta al acuerdo de órdenes de protección.

El profesor De la Fuente Honrubia se posiciona a favor de la corriente liderada por la AP Madrid, esto es, el rechazo al elemento tendencial como elemento típico de la violencia de género, atendiendo a cuatro consideraciones fundamentales: 1º) La exigencia de elemento tendencial no es doctrina consolidada por el TS; 2º) No puede deducirse esto de una interpretación teleológica ni sistemática del precepto, ni tampoco histórica; 3º) Esto no significa que haya que desatender la interpretación y propuestas de lege ferenda que se efectúan por intérpretes autorizados en la materia, entre los que destaca el informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, emitido en enero de 2011, que sostienen que no se exige en la violencia de género dicho elemento tendencial.

Estas divergencias muestran un problema de seguridad jurídica evidente que demanda una reforma legislativa urgente, al margen de considerar que la solución radica en atacar el germen del problema cuando la agresión, coacción o amenaza se produce en el trasfondo de una relación sentimental. Finalmente, el Profesor de la Fuente Honrubia apoya la solución propuesta como el grupo de expertos anteriormente mencionado en el sentido de considerar violencia de género cuando ésta se realice por un varón hacia una mujer en el ámbito de una relación sentimental “con cualquier finalidad”, ampliar la previsión del art. 153.4 CP (posibilidad de imponer pena inferior en grado atendiendo a circunstancias personales del autor y del hecho), o incluir subtipos agravados cuando “la acción revista un carácter especialmente degradante o vejatorio”.

**Debate correspondiente a la ponencia del Profesor De la Fuente Honrubia:**

En opinión del profesor **Díaz y García Conlledo**, caben muchas atipicidades por menor significación de la conducta, lo que implicaría castigarlas a título de falta. La profesora **Olaizola Nogales** considera que el ánimo tendencial es de difícil prueba. Además, estima que la problemática presentada en la ponencia se agudiza notablemente por lo que respecta al acuerdo de órdenes de alejamiento. Finalmente, el profesor **Luzón Peña** admite la importancia del contexto en la ejecución de este tipo de conductas, pero manifiesta sus dudas en relación a que al CP le da igual el contexto, puesto que quiere proteger a la mujer por el hecho de ser pareja. Reconoce, a pesar de esto, que la proporcionalidad en la respuesta penal no está bien fijada, lo que deriva en un exceso punitivo.