

# XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA  
EMPRESA

17/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**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.**

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



**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.

**I.- INTRODUCCIÓN.**

Con carácter previo a la exposición del problema técnico jurídico que se va a plantear, permítanme hacer unas reflexiones para fijar las bases del problema social que plantea la violencia de género:

a) Según el Informe sobre Víctimas Mortales de la Violencia de Género y la Violencia Doméstica en el Ámbito de la Pareja o Expareja en 2010, en el año 2010:

-Murieron 73 mujeres a manos presuntamente de sus parejas o exparejas masculinas, lo que representa un aumento del 32,7% frente a las 55 mujeres que murieron en 2009.

-La edad media de las mujeres fallecidas es de 41 años.

-El 63% de las víctimas mantenía la convivencia con su presunto agresor en el momento del fallecimiento.

-El 62% de las víctimas eran de nacionalidad española.

-El 59% de los presuntos agresores era de nacionalidad española y el 41% extranjero.

-El 58% de los presuntos agresores fueron detenidos inmediatamente después de la comisión del delito.

-El 18% de las muertes de las mujeres va seguido de suicidio del presunto agresor.

-El 74% de las muertes se produce en el domicilio de la víctima.<sup>4</sup>

-Un 30% de las víctimas había interpuesto previamente denuncia contra su presunto agresor.

-Un 59% de las víctimas que habían denunciado habían finalizado previamente su relación.

b) Según el informe de datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM) y

sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el año 2010, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género:

-Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer recibieron un total de 134.105 denuncias.

-Se registraron 194.096 asuntos.

-Se tramitaron 37.708 órdenes de protección y se acordaron 78.374 medidas cautelares penales derivadas de dichas órdenes de protección.

-Ingresaron 35.537 asuntos en los Juzgados de lo Penal, habiéndose dictado entre Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales 54.426 sentencias relativas a violencia sobre la mujer.

A nivel de repercusión de los asuntos relacionados con la violencia sobre la mujer en el ámbito judicial penal suponen un porcentaje cercano al 30%.

## **II.- PLANTEAMIENTO DEL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA.**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género modificó el artículo 153 del Código Penal, aludiendo en su exposición de motivos a que tal modificación era una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que -como establece el art. 1.1 de la misma-, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges.....”.

Es importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador en este ámbito -entre ellas la modificación del art. 153 C.P, pero igualmente extensible a las amenazas leves de género (art. 171.4 y 5 CP), coacciones leves de género (172.2 CP), o lesiones de género (148.4 CP).- tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja,”.... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa”( STC num. 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto( STC num. 95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que”la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa..... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

La cuestión por tanto es determinar si toda acción de violencia física, toda amenazas leve, toda coacción leve, toda lesión prevista en el art. 147 CP, que sucedan en el seno de la pareja, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castigan los citados preceptos específicos en la materia, (...), o sino sólo y exclusivamente cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer....".

### **III.- POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA ENTRE AUDIENCIAS PROVINCIALES.**

Sobre este particular, dos son las posturas jurisprudenciales que se mantienen en la actualidad:

De una parte, la que defienden algunas Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Murcia –por todas S. 9-2-2011- o Audiencia Provincial de Barcelona –por todas S. 29 de octubre de 2009-, entre otras) siguiendo el posicionamiento de algunas resoluciones del Tribunal Supremo, en virtud de la cual "no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse, necesaria y automáticamente, como la violencia de género que castiga el nuevo artículo 153... sino solo y exclusivamente – de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de esa ley (orgánica de protección integral contra la violencia de género) cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer... Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales" (STS 24-11-2009). Siguiendo este posicionamiento la AP Barcelona en sentencias de 15 y 29 de octubre de 2009.

De otra parte, la que defienden otras Audiencias Provinciales (entre otras AP Madrid, concretamente las secciones con competencia en materia de violencia sobre la mujer, secciones 26 y 27 (Sentencias de la Sección 26 de 30 de mayo de 2009 y de la Sección 27 de fecha 19-5-2010 y 17-6-2010) y AP de Las Palmas), sostienen que en el art. 153.1 CP no se exige un elemento tendencial en la actuación del sujeto activo, una posición de dominio que motive la acción penalmente reprochable, sino que la conducta típica recogida en este precepto penal no es más que la selección que efectúa el legislador de aquellos comportamientos que a su juicio son reveladores de violencia de género, sin exigirse un especial elemento subjetivo del injusto, sino solamente el que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo global de injusto para reputar típica la conducta. Esta posición viene motivada fundamentalmente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 2008 en la que se resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra el citado precepto, sentencia en la que se señalaba que la opción político criminal de atajar el problema de la violencia de género a través de la tipificación de estos comportamientos como delito era una opción válida y ajustada a los parámetros constitucionales, sin que en tal tipificación se exigiera que el sujeto actuara con ánimo de soslayar a su pareja sentimental en ejercicio de su dominio sobre ella.

#### IV.- REPERCUSIÓN PRÁCTICA DEL PROBLEMA:

1.- Empecemos por recordar la competencia jurisdiccional en materia de violencia sobre la mujer. El art. 15 bis LECrim. establece: “En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”.

Por tanto, la primera consecuencia es que depende del domicilio de la víctima, con la actual situación jurisprudencial, el hecho puede ser falta o delito. Así por ejemplo, si la víctima de unas lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico presuntamente ocasionadas por su pareja sentimental tiene su domicilio en Madrid, y no se demuestra que el autor de los hechos imputados los ha cometido con ese ánimo tendencial exigido, respondería indiferentemente de un delito de lesiones de género del art. 153.1 CP. Ahora, el domicilio de la víctima está en Barcelona o en la Región de Murcia, el hecho sería reputado una falta de lesiones del art. 617.1 CP.

2.- No obstante lo anterior, es de recordar que en muchos de estos casos la víctima interpone denuncia y solicita orden de protección o medidas cautelares penales de protección y civiles de amparo. El Juez competente es el del lugar donde se han cometido los hechos. La pregunta que surge es la siguiente, qué debe hacer el Juez de Violencia Sobre la Mujer del lugar de los hechos si éstos se producen en un territorio donde su Audiencia Provincial interpreta que unas lesiones de esas características sólo son delito sin concurrir el referido ánimo tendencial? Debe acordar la orden de protección? Es cierto que el art. 544 ter.1 LECrim permite adoptar una orden de protección cuando lo que se impute un delito contra vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el [artículo 173.2 del Código Penal](#), resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo. Pero ¿Y como se conjuga la motivación relativa a la concurrencia de una situación objetiva de riesgo con la inexistencia de un ánimo de dominación o subyugación a la mujer por parte del varón? Y tras esto, qué debe hacer el Juez de Violencia, conocer de la falta? Proseguir el procedimiento y que sea una cuestión que determine el Juez de lo Penal? En la práctica así está siendo, dado que las Audiencias Provinciales que siguen el criterio de la exigencia del elemento tendencial sostienen que es un aspecto valorativo que hay que determinar en el acto de juicio oral. Pero, eso es siempre así? Que sucede en los casos en los que de plano tal elemento tendencial no concurre, por ejemplo, cuando el motivo de la agresión de un hombre a su ex pareja tenga como móvil un aspecto totalmente ajeno a la relación que mantuvieron?

3.- Cabe plantearse qué sucede en los casos donde un Juez de Violencia de un territorio que sigue el criterio de la inexigibilidad del ánimo tendencial conoce de un asunto, acuerda una orden de protección o incluso el ingreso en prisión por ejemplo porque es reincidente fundamentando que es un delito del art. 153.1 C, aunque no concorra tal ánimo tendencial, se inhibe al Juzgado de Violencia de un territorio donde se exige tal ánimo. Cuando este último Juzgado lo recibe? Debe reputar falta? Si ha acordado la prisión, qué debe hacer? La respuesta debería ser “la puesta en libertad”, porque el art.

503 LECrim no permite la prisión provisional cuando la infracción objeto de imputación sea falta.

#### **V.- REFLEXIÓN CRÍTICA:**

Existen argumentos entiendo más sólidos para mantener y justificar la posición mantenida por la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de entender que no es un elemento típico el referido ánimo tendencial del autor en los delitos de violencia de género. A los argumentos mencionados de éste órgano jurisdiccional y de las demás Audiencias Provinciales que siguen este criterio, podrían añadirse los siguientes:

En primer lugar, no puede compartirse que la doctrina relativa a la exigencia de un elemento específico del injusto en el art. 153.1 del Código Penal (pero por extensión. Como se ha expuesto, al art. 171.4 y 5, 172.2 o 148.3 del texto punitivo respecto de los delitos de amenazas, coacciones y lesiones de género) sea doctrina consolidada por el Tribunal Supremo, por cuanto, dicho Tribunal sólo se ha pronunciado en dicho sentido en dos ocasiones (y en la última ocasión en la sentencia de 24 de noviembre de 2009 con un voto particular del Magistrado Sr. Sánchez Melgar), no existiendo nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal desde esa resolución.

En segundo lugar, no puede compartirse que dicho elemento tendencial se constituya en elemento típico con base en una interpretación teleológica y sistemática del precepto, pudiéndose mantener sin embargo, siguiendo esa misma interpretación, que las conductas referidas que se producen en el ámbito de dominación y subyugación del hombre respecto de la mujer son uno más de los motivos político-criminales que ha llevado al legislador a tipificar como delito acciones que con anterioridad eran tipificadas como falta. No hay que olvidar que la interpretación en Derecho penal también comporta la interpretación histórica, que complementa a las anteriores y que consiste en atender a los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior (a veces a varias consecutivas), si la había, y su comparación con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos o memorias de la propia ley. Precisamente con base en esos antecedentes no cabe deducir que el legislador al tiempo de entrar en vigor la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pretendiera que, de no concurrir el tan citado elemento subjetivo del injusto, el hecho pudiese ser catalogado como falta, sobre todo cuando tal elemento no se exige en situaciones recíprocas, donde la mujer puede ser el sujeto activo del delito y el varón el sujeto pasivo, o ambos sujetos activos y cualquiera de los sujetos previstos en el art. 173.2 Código Penal sujetos pasivos. Por tanto, puede darse la extraña paradoja de que ante unas lesiones recíprocas entre un varón y una mujer sin tratamiento médico o quirúrgico, unidos en vínculo matrimonial, sin no se aprecia la concurrencia del elemento subjetivo del injusto referido en la actuación del varón, el varón sea condenado por una falta de lesiones del art. 617.1 del Código Penal y la mujer, frente a quien no se exige tal elemento tendencial, por un delito de lesiones del art. 153.2 Código Penal, solución que aunque técnicamente pudiese ser correcta, quiebra necesariamente con dicha interpretación histórica de la regulación en materia de violencia familiar, y sobre todo con criterios básicos de justicia material.

En tercer y último lugar, ante tan dispar situación de interpretación jurisprudencial, y a falta de un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo sobre el particular, probablemente necesario en atención a la relevancia social de este tipo de delincuencia, no hay que obviar la interpretación y propuestas de *lege ferenda* que se efectúan por intérpretes autorizados en la materia. Así, recientemente, el informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial emitido en enero de 2011, compuesto entre otros por Magistrados de secciones especializadas en materia de violencia sobre la mujer, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, referida, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, en la propuesta relativa a la “reforma de los tipos penales vinculados con la violencia de género modificados por la Ley integral para obviar el debate sobre la posible integración de elementos subjetivos en los mismos”, refiere a los folios 14 y 15 del informe: “La Ley Integral ha introducido subtipos agravados en la tipificación de cuatro delitos vinculados con la violencia de género (de malos tratos ocasionales, en el art. 153.1 CP; de amenazas leves, en el artículo 171.4 CP, de coacciones leves, en el art. 172.2 CP y de lesiones, en el art. 148.4 CP) para sancionar específicamente el mayor desvalor de la acción que supone la violencia machista, con base en la descripción de elementos objetivos y sin contener ningún elemento subjetivo, al igual que sucede en la definición de los tipos básicos (...), Esta ausencia de elemento subjetivo o especial ánimo en la actuación del autor corresponde a la opción del legislador desde la primera tipificación de lo que fue delito de violencia doméstica física habitual, en la reforma de 1989, manteniéndose en las sucesivas modificaciones legislativas que han ido ampliando el ámbito de protección frente a la violencia doméstica y abordado, finalmente, la criminalización específica de la violencia de género. (...) pese a ello, se han planteado diferentes cuestiones de inconstitucionalidad y efectuado pronunciamientos judiciales dispares, exigiendo en ocasiones la prueba de un elemento subjetivo –el ánimo de discriminar a las mujeres– para poder condenar por estos delitos. Los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, favorables a la constitucionalidad de los subtipos introducidos por la Ley Integral, no han eliminado la disparidad de respuestas judiciales, afectando a la seguridad jurídica. (...) por ello y considerando que el legislador ha querido mantener la tipificación penal de hechos, tanto de violencia doméstica como de violencia de género, con descripción de elementos objetivos e irrelevancia del ánimo del autor o autora, pese a lo cual se producen interpretaciones que degradan la conducta delictiva a falta, o en su caso, al resultado de impunidad, si no resulta acreditado un ánimo especial en el autor, se propone la inclusión en todos los subtipos introducidos por la Ley integral del inciso “con cualquier fin” o fórmula de análoga significación, que figuraba en la reforma de 1989...

## VI.- CONCLUSIONES:

Como se ha visto, la cuestión tiene gran relevancia, y sobre todo, esta falta de unificación de criterios está ocasionando graves problemas de seguridad jurídica, lo que impone la necesidad acuciante de una reforma legislativa que deje claro si tal ánimo tendencial es exigible o no.

La violencia de género es un problema social de suma importancia que requiere de un análisis constante y de una adaptación legislativa permanente a los problemas que origina tal fenómeno. La realidad y alcance más notable de la violencia de género no son, afortunadamente, el número de víctimas mortales que se contabilizan por esta causa (que no es más que la “cabeza visible del problema”), sino verdaderas situaciones dramáticas, que llegan a los juzgados como una “aparente simple amenaza, coacción o lesión menor”, pero que tienen un trasfondo de menoscabo de la dignidad de la perjudicada hasta límites considerables. Es cierto que la regulación en la materia es excesivamente genérica y ello está permitiendo tratar del mismo modo situaciones que pueden ser distintas, en circunstancias y en gravedad. Pero una cosa es que el Juez pueda tener ajustar el reproche penal a las circunstancias del hecho, del autor y de la víctima mediante los mecanismos que le ofrece la propia legislación penal, y otra cosa distinta, es que por vía de la interpretación de la norma penal se acabe degradando un hecho tipificado como delito a falta.

La vía para solucionar este problema no es sin embargo fácil. En la práctica, las Audiencias que están degradando las conductas de delito a falta llegan a esta solución técnica por falta de prueba del tan referido elemento tendencial de subyugación o dominación machista. Cuando se juzga un hecho puntual (qué son la mayoría) sin antecedentes previos de los que pueda deducirse una cierta continuidad de una situación de dominación del varón hacia la mujer, se acrecentan los problemas de integración de los hechos en el tipo subjetivo desde el plano de la exigencia de tal elemento tendencial. Así (como sucede en la mayor parte de las ocasiones), cuando no hay testigos presenciales del incidente, cuando no hay testigos que puedan dar fe de una eventual situación permanente de subyugación de la víctima, el tribunal debe enfrentarse, para tener por acreditado tal elemento tendencial, a un problema básico de prueba, cual es, que la propia declaración de la víctima se pueda constituir en prueba de cargo suficiente por sí sola para enervar la presunción de inocencia que interinamente protege al acusado. El Tribunal Supremo, y por extensión los demás órganos jurisdiccionales penales, ha venido manteniendo en síntesis que para que tal declaración pueda tener dicho alcance como única prueba de cargo ésta debe ser creíble y persistente en el tiempo, debiendo venir acompañada de algún elemento objetivo periférico que abunde en su verosimilitud. Así, cuando concurre un parte de lesiones compatible con las lesiones denunciadas por la víctima, acompañado de una declaración de ésta que cumpla con los citados requisitos jurisprudenciales, el tribunal puede alcanzar la convicción de que los hechos sucedieron y que por tanto puede dictar una resolución de carácter condenatorio. Pero, qué elemento objetivo puede coadyuvar a demostrar tal ánimo tendencial en ausencia de denuncias previas o de testigos que hayan presenciado actos o hechos de los que quepa deducir tal situación de subyugación o dominio? Es cierto que hay veces que la propia literalidad de la amenaza, o las frases o expresiones que rodean a la agresión pueden ser indiciarias de tal ánimo, pero hay otras muchas situaciones en las que es difícil deslindar si las mismas obedecen a un ánimo de subyugar o dominar a la víctima, o simplemente de faltarla al respeto o vejlarla.

Por ello, quizás, la solución no está en deducir que el problema de la violencia de género está sólo en aquellas situaciones en las que *de facto* se produce una situación de ejercicio por el varón de una actitud machista de dominación sobre la mujer, sino en atajar el germen del problema cuando la agresión, la coacción, la amenaza, se produce con el trasfondo de una relación sentimental. No debe olvidarse que en muchas ocasiones dichas acciones se producen incluso cuando la relación está comenzando, donde aún no se ha creado una situación material de dominación o subyugación, pero sin embargo, el lugar, forma y modos en los que se produce la acción denota que el sujeto intenta “ejercitar dicho dominio”, o que evidencia una intención de menoscabar la dignidad de la mujer aprovechando el vínculo que le une a ella. Pero también, existen otras muchas acciones en el ámbito de una relación sentimental que no tiene como trasfondo inmediato la intención de ejercitar un dominio del hombre sobre la mujer, sino de aprovechar la intimidad familiar en la que se produce el acto típico para procurarse el autor mayor impunidad o para conseguir con mayor finalidad sus fines, acciones que *prima facie* parecería que no comportan subyugación, pero que sin embargo, en el ámbito de una relación sentimental, a corto o medio plazo, repercuten en un menoscabo de la dignidad y autoestima de la víctima.

Así, la línea marcada por el citado informe de enero de 2011 del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, introduce una solución técnica muy adecuada por cuanto estima lesión o maltrato en el ámbito de la violencia de género cuando ésta se haya por un varón hacia una mujer en el ámbito de una relación sentimental “con cualquier finalidad”. Si a ello se une otras soluciones tales como ampliar la previsión del art. 153.4 CP (posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y concurrentes en la realización del hecho) a los demás supuestos de “violencia de género”, o incluir en los subtipos agravados como elemento agravatorio “que la acción revista especialmente degradante o vejatoria”, se optimizarán los esfuerzos legislativos por atajar esta lacra social, se abundará en la seguridad jurídica y se darán mayores y mejores mecanismos de actuación a los jueces y tribunales.