

La nueva agravante de género

~Julia Serrano Trigueros~

Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN.

En el catálogo de las circunstancias genéricas contenidas en el art. 22 CP y, concretamente, en su número 4º, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha venido a introducir una nueva agravante genérica, aludiendo a que el culpable haya cometido el delito por “razones de género”. Ya en la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica se explica que: “En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2.011, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones sociales construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferentes del que abarca la referencia al sexo”.

Añade la Exposición de Motivos que “en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal”.

Esta nueva circunstancia agravante genérica no ha estado exenta de críticas, se apunta desde algunos sectores doctrinales que la nueva agravante responde a un tipo de Derecho Penal simbólico, a un exceso punitivo innecesario que no tiene sentido real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma. La nueva agravante tampoco estará exenta de problemas en el marco de su aplicación práctica, surgen varias preguntas, si el marido mata a su mujer, ¿además de la agravante de parentesco podrá ser aplicada la nueva agravante de género?, ¿deberá ser aplicada en esos supuestos la nueva agravante de género en lugar de la agravante de parentesco?, ¿deberá seguirse aplicando únicamente la nueva agravante de parentesco?.

Todas estas cuestiones nos llevan a analizar la agravante discriminatoria por razón de género del art. 22.4 del CP, los niveles de protección existentes frente a la violencia

de género hasta la promulgación de la LO 1/2015 y los pretendidos con la reforma. Toda ello, para concluir que está justificada su introducción y que supone un avance más en la lucha contra la erradicación de la denominada violencia de género.

II. LA AGRAVANTE POR RAZÓN DE SEXO COMO PRIMERA PROTECCIÓN A LA MUJER.

La primera introducción de esta protección fue en el CP de 1.822. En él se recogía expresamente una agravante por discriminar al sexo femenino. Esta circunstancia fue heredada por el CP de 1.848, aunque en este caso sin hacer mención expresa al término femenino, por lo que tal y como aprecia REBOLLO VARGAS¹, dio pie a interpretar que se refería al sexo femenino.

Esta interpretación la fundamenta en el hecho de que la jurisprudencia de aquellos años precisaba para apreciar este tipo de agravante que el sujeto activo, es decir, el agresor, fuese masculino mientras que la víctima debía ser mujer. La jurisprudencia también exigía que, en la comisión del delito, el sujeto activo actuase con ánimo de despreciar a la mujer, añadiendo el hecho de que si era la mujer la que provocaba, se excluía la agravante.

No obstante, la inclusión de esta agravante en el CP fue cuestionada y finalmente derogada con la reforma del CP de 1.983. Esta derogación se fundamentó en el hecho de que la CE incluía un mandato de igualdad entre hombres y mujeres, mandato que se veía vulnerado según ellos, por la apreciación de la agravante por razón de sexo. Otro de los criterios para derogar dicha agravante fue el hecho de que la existencia de la misma se veía fundamentada en la diferencia de fuerza física entre el hombre y la mujer, situación que podía derivarse a la agravante de abuso de superioridad.

Posteriormente, tras su derogación, la misma fue de nuevo introducida, junto con el resto de los motivos de discriminación en el CP de 1.995, a través de la LO 4/1995 de 11 de mayo.

Respecto a esta agravación, sostiene REBOLLO VARGAS², que “nada tiene que ver con la antigua agravante de desprecio de sexo derogada, sino que el principio sobre el que gravita el fundamento de la agravante es la ejecución de un acto en base a móviles que encuentran su fundamento preponderante en la discriminación, no en otro motivo”,

¹ REBOLLO VARGAS, en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015, p. 9

² REBOLLO VARGAS, en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015, p. 12

como puede ser el caso de la diferencia de fuerza física y la necesidad de proteger al físicamente más débil, fundamento de la derogada agravante por razón de sexo.

Continúa REBOLLO VARGAS exponiendo que en la agravante por razón de sexo, el sujeto pasivo debía ser la mujer ya que “uno de sus fundamentos era la indefensión, la inferioridad o, incluso, el hecho de proteger a la mujer por el hecho de serlo”, ello a pesar de que la redacción del precepto penal no especifique que la protección por razón de sexo se dirija exclusivamente a la mujer. Esto es lo que opina un sector de la doctrina basándose en el hecho de que la protección que realiza el art. 14 CE, va dirigida a aquellos grupos que por sus características son especialmente vulnerables, por lo que, en principio, no cabría incluir en este grupo al colectivo masculino, ya que es evidente que social, cultural, económica y religiosamente no ha sido un colectivo especialmente vulnerable o atacado por sus características.

Atendiendo al mismo desarrollo social, cultural, religioso, etc., las mujeres siempre han estado en una posición de inferioridad, de subordinación y de debilidad. En definitiva, las mujeres ocupan un posición deficitaria, tradicionalmente discriminada con respecto a los hombres y que, además, en la inmensa mayoría de los supuestos discriminatorios es la mujer el objeto de esos comportamientos, aunque ello no excluye que los hombres puedan ser, asimismo, objeto de discriminación y, por lo tanto, sujetos de ese mandato constitucional de no discriminación.

El art. 1.1 CE recoge que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Es un mecanismo de protección neutro, recoge la igualdad de toda persona que pudiera ver vulnerada su libertad, incluida, la de los hombres.

No obstante, como puede verse a lo largo de las líneas anteriores, en ningún momento se habla de género, discriminación por razón de género, etc., sino de sexo biológico, dando por protegido el mismo a través de la agravante genérica ya analizada. Sin embargo, es insuficiente esta protección tal y como podrá verse en los expositivos siguientes, se hace precisa una protección por razón del género.

Con la LO 10/95 de 23 de noviembre, se aprobó el actual CP, regulando las circunstancias agravantes en el art. 22, incluyendo junto a las anteriores, las de

discriminación por razón de sexo, orientación sexual o enfermedad o minusvalía de la víctima.

La LO 5/2010 de 22 de junio, modificó el artículo 22 CP para incluir junto a aquellas motivaciones, la de obrar por razón de discriminación por razón de identidad sexual.

Finalmente, el CP, art. 22.4º, tras la reforma operada por la LO 1/2015, ha quedado redactado del siguiente tenor:

“4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación en la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

III. L.O. 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

Hasta que se promulgara la reseñada ley, las reformas legislativas que habían surgido en España para acabar con la lacra social de la violencia de género, eran reformas sectoriales. Uno de los aspectos más relevantes de la Ley es su ámbito multidisciplinar, en torno a la misma se unificaron todas las fuerzas políticas con un único objetivo e idea general que constituye el verdadero espíritu de la Ley: la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres desde la coordinación de todos los sectores sociales.

La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud), y su libertad y dignidad misma están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.

El hecho de que la violencia de género se convierta en un asunto público, en vez de privado como se venía creyendo a lo largo de los años, fue plasmado en la exposición de motivos de la comúnmente denominada Ley Integral, lo que supuso un gran avance ya que ahora los poderes públicos deben velar por la protección de las

víctimas inmersas en la definición de violencia de género. MUÑOZ CONDE³, señala que “hasta que no empezó a extenderse en el mundo el pensamiento feminista no empezó a ganar terreno la idea de que la violencia doméstica, aún no se usaba el término violencia de género, no era un asunto privado”. Ello a pesar de que, como dice COMAS D’ARGEMIR Y CENTRA⁴, fuese en 1.993 cuando “Naciones Unidas declaró que la violencia contra las mujeres es un grave problema para los Estados porque atenta a los derechos humanos y obstaculiza el desarrollo de los pueblos”.

Es necesario destacar que la Ley integral fue la primera en hablar y definir el concepto de violencia de género que hasta el momento se había identificado como violencia doméstica. Es a partir de la promulgación de la LO 1/2004 cuando pude hablarse de dos tipos de violencia diferentes entre sí.

Para LAURENZO COPELLO⁵, la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja ha sido incluida dentro de la violencia doméstica debido a que existía la idea de que era necesario proteger a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por su situación de subordinación al agresor. Sin embargo, considera este autor, que los miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables, a la mujer, en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. Añade que la “causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares, sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales”. Por todo ello, ha de distinguirse la violencia de género de la violencia doméstica, ya que, además, a pesar de que la mayor parte de casos de violencia de género se dan en el ámbito doméstico de la pareja, no es el único ámbito en el que se ejerce violencia sobre la mujer por el hecho de serlo.

La Ley “tiene como 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 o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”⁶. Este objeto se justifica, por una parte, en la “especial

³ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 10ª ed., p. 193.

⁴ COMAS D’ARGEMIR Y CENTRA, La aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, 2007, p. 12

⁵ LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley Integral, 2005, p. 4

⁶ Art. 1.1 LO 1/2004 en su redacción originaria.

incidencia” que tiene, “en la realidad española , las agresiones sobre la mujer” y en la peculiar gravedad de la violencia de género, “símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, dirigida “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”, y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja.⁷ Por otra parte, en cuanto este tipo de violencia “constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución , los poderes públicos no pueden ser ajenos”.

De la anterior redacción se desprende que la Ley se ciñe a la violencia que se produce dentro de las relaciones de pareja, matrimoniales o semejantes a ellas.⁸ Sin embargo, las mujeres sufren violencia de género en otros ámbitos diferentes de la pareja, como puede ser en el ámbito laboral, público, etc.; la protección que se otorga es limitada.⁹

Una de las novedades de la LO 1/2004 en el ámbito de la intervención punitiva, consiste en la creación de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiera sido paraje del autor de la agresión. En este sentido, la mujer, víctima de la violencia de género tiene una protección penal reforzada que recoge los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal. Estos subtipos agravados han sido objeto de numerosas Cuestiones de Inconstitucionalidad resueltas por el Alto Tribunal en diferentes sentencias, STC nº 59/08; 80/08; 81/08; 127/09; 41/10; 45/10; en las que se profundiza en el fundamento de la agravación y, así, se afirma que cuando el legislador de 2.004 utiliza el término género no lo hace en referencia a una discriminación por razón de sexo.¹⁰ La razón por la que se sólo se modificara aquellos preceptos y no otros, se debió a que se entendió que la violencia

⁷ Exposición de Motivos LO 1/2004.

⁸ Téngase en cuenta la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, que modifica el artículo 1.2 de la Ley Integral y reconoce a los hijos menores y a los mayores sujetos a tutela, o guarda y custodia, víctimas directas de esta violencia.

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017.

¹⁰ STC nº 59/08 “(...). No es sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación especialmente lesiva de violencia y de desigualdad”.

sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, es una violencia instrumental, discontinua y cíclica, que se manifiesta cada vez con más intensidad; por tanto, se hacía necesario dar una respuesta contundente a las primeras manifestaciones para evitar la reiteración de los ciclos, impidiendo la comisión de hechos más graves. Es decir, el legislador atendió más al efecto preventivo especial de la respuesta penal que a otros fines.

IV. EL CONVENIO DE ESTAMBUL.

El Convenio núm. 210, *sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica*, de 11 de mayo de 2011, denominado “Convenio de Estambul”, ha aportado, por primera vez en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que se considera una grave violación de derechos humanos.

El Convenio, ratificado por España en el mes de abril de 2011, entró en vigor el 1 de agosto de 2014. En su virtud, los Estados Parte adquieren una serie de compromisos entre los que, por lo que aquí importa, destaca la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la violencia física, psicológica y sexual, el acoso, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y esterilización forzosos y el acoso sexual, y aquellas medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de esos actos de violencia, no se considere nunca a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos.

El Convenio de Estambul define la “violencia contra la mujer” como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”, artículo 3.a, y la “violencia contra la mujer por razones de género” como “(...) toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, utilizando así la definición dada por la Recomendación General 19 de 1992 de la CEDAW. De igual forma, en el apartado c) del mismo artículo define el término género, como “los papeles,

comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

Junto a la tipificación de tales delitos y, derivado del carácter transnacional de algunas de las figuras penales que se ordena incluir en las legislaciones internas de los Estados parte (piénsese, por ejemplo, en la mutilación genita, o el matrimonio forzado, que necesariamente conllevan desplazamientos transfronterizos, de niñas o adultos...) se disponen reglas especiales de competencia, que se detallan en el artículo 44 y que ordenan la adopción de las medidas “legislativas o de otro tipo necesarias”, para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el Convenio, cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio.

En coherencia con lo anterior, se articula y exige a las Partes un mecanismo de cooperación internacional, y en concreto la asistencia judicial en materia penal a los siguientes fines: *“a) Prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito del presente Convenio; b) Proteger y asistir a las víctimas; c) Llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos establecidos en virtud del Convenio, y d) Aplicar las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección.”*

El Convenio asume e integra el principio de diligencia debida de los Estados, desarrollado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que determinará la obligación de aquéllos para prevenir, perseguir y sancionar, tales conductas y, en su caso, reparar el daño causado.

Y obligando a los Estados a velar por la puesta en marcha de cualesquiera medidas legislativas en orden a la persecución y castigo, es destacable, por novedoso, que en relación al proceso penal que se desarrolle como consecuencia de la comisión de delitos en los que pretenda invocarse la cultura, la costumbre o la religión se oponga, lo que el Convenio denomina, en su artículo 42 *“la justificación inaceptable de delitos cometidos supuestamente en nombre del “honor”*.

Se preceptúa la imposición de sanciones “efectivas, proporcionales y disuasivas” y se catalogan hasta nueve agravantes de la responsabilidad en la comisión de un acto de violencia. El artículo 46 del Convenio recoge estas agravantes que los Estados parte

del mismo deberán adoptar, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito de acuerdo con las disposiciones del derecho interno.

V. LA NUEVA AGRAVANTE DE GÉNERO.

Tras ratificar España el Convenio de Estambul y obligarse por el mismo, es la LO1/2015 la que en su preámbulo expresa que “en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal”. Además, hace referencia expresa a que hay que entender el género de la forma que lo define el Convenio de Estambul, es decir, que hay que entenderlo como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad considera propio de mujeres o de hombres”¹¹.

La modificación que aquí interesa es la agravante del artículo 22.4 del Código Penal, que recogía una serie de motivos discriminatorios a los que ha añadido el motivo “por razones de género”, quedando redactado el mismo de la siguiente manera:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación i identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Como se puede observar, en la redacción de la agravante convive la discriminación referente al sexo con la discriminación por razones de género, algo que puede llevar y, de hecho, lleva a confusión.

1. Sexo y Género

El término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar¹².

¹¹ Exposición de Motivos LO 1/2015

¹² Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, CEDAW, 16/12/2010.

En igual sentido, la OMS dice que “el sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres”, concluye que “El macho” y la “hembra” son categorías sexuales, mientras “masculino” y “femenino” son categorías de género”.

Como ya hemos expuesto, también el Convenio de Estambul, art. 3.c, dice que por “género se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o hombres”.

Por tanto, las Instituciones Europeas y nuestro ordenamiento jurídico se decantan por relacionar el sexo con la condición biológica de ser hombre o mujer y el género con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, con los roles y estereotipos que colocan a la mujer en un papel secundario y de subordinación en las relaciones personales y sociales.

2. Naturaleza de la agravante discriminatoria por razón de género.

Para MIR PUIG, conforme a la distinción que las Instituciones Europeas y nuestro propio ordenamiento jurídico efectúan de los términos “sexo” y “género”, la novedad obedece a que el género entendido como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, “puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”¹³

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN¹⁴, incluyen la agravante del artículo 22.4 Código Penal, entre la clasificación de circunstancias subjetivas que ellos realizan, que recoge el hecho de cometer el delito por motivos racistas o discriminatorios. Añaden los autores que en estos casos “el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor”.

AGUILAR CÁRCELES realiza un análisis sobre este aspecto en concreto y se pregunta si la incorporación de esta agravante al Código Penal es una incorporación novedosa o si por el contrario sirve únicamente para cumplir los compromisos

¹³ MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, p. 657

¹⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, p.524

internacionales como el del Convenio de Estambul. Por ello, plantea si dicha iniciativa “responde más a un tipo de Derecho Penal simbólico, que verdaderamente a una necesidad real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma”¹⁵.

BORJA JIMÉNEZ¹⁶, otorga una función puramente simbólica a la agravante. Afirma que la violencia machista estaba protegida antes de añadir esta agravante “por razón de género”, en el artículo 22.4 CP y en diferentes lugares del CP, como los redactados con la LO 1/2004. Además, dice que se encontraba la agravante por razón de sexo, identidad sexual e incluso la circunstancia mixta de parentesco, por lo que añade que “no se entiende muy bien, entonces, que a todo este arsenal punitivo de específica protección de la mujer frente a la más graves conductas machistas, se añada ahora esta modalidad de incremento punitivo por razones de género”. Añade que hay que buscar una interpretación que otorgue lógica y sentido a su aplicación. Así, opina que la distinción debería buscarse desde el punto de vista de la víctima de la agravante por razón de sexo y de la agravante por razones de género. Entre las primeras víctimas engloba la posibilidad de que pueda ser víctima un hombre por ser varón por parte de un grupo feminista radical. Por el contrario, la de razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, es decir, las que cometa un hombre contra una mujer para imponer su dominio y su trato hacia las mismas como inferiores.

No obstante, este autor continúa diciendo que ello dificultaría la interpretación y aplicación de la circunstancia mixta de parentesco; concluye “que la agravante por razones de género no va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua”. En consecuencia, otorga una función simbólica.

AGUILAR CÁRCELES, señala que habría que distinguir dos componentes en relación a la agravante por razón de género, uno objetivo relativo a la existencia real de la característica tutelada por la Ley Penal y, otro subjetivo referente al elemento subjetivo presente en el autor”, continúa diciendo que “en cualquier caso, sería necesaria la concurrencia de ambos componentes para apreciar la agravante de género”.

¹⁵ AGUILAR CÁRCELES, Circunstancias agravantes genéricas, p. 58 a 63

¹⁶ BORJA JIMÉNEZ, La circunstancia agravante de discriminación, pp. 119 a 123.

La SAP Barcelona, Sección 20ª, nº 921/2016, 15/11/2016, considera que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito¹⁷.

VI. APLICABILIDAD DE LA NUEVA AGRAVANTE.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 explica que la discriminación por razón de género no atiende tanto, como se deja establecido en el marco normativo internacional, al sexo de la víctima o víctimas (a su condición de mujer o de hombre) como a los comportamientos, atribuciones, roles si se quiere, que una sociedad concreta considera propios de hombres o mujeres. No es tanto que el marido golpee a la esposa por su condición de mujer (sexo) sino en el desarrollo o desempeño de unos roles o atribuciones que una determinada sociedad atribuye al sexo de éste (género). La golpea porque la mujer no se halla en un plano de igualdad con el hombre sino, de un modo u otro, sometida o, cuando menos, tutelada por éste. La distinción es clara, al menos desde el plano teórico, aunque los perfiles resulten más difusos cuando se plasma en la práctica. Sirve, sin embargo, para comprender que no se trata de privilegiar, desde el punto de vista de su protección penal, a un sexo sobre otro, o de endurecer la sanción en atención al sexo del sujeto activo; sino de desvalorar y reprimir aquellas conductas que obedecen a esas atribuciones o roles censurables asociados a los diferentes sexos que están en el origen, como factor criminógeno central, de multitud de ilícitos penales (agresiones, detenciones ilegales, amenazas, homicidios, etc.).

Parece medianamente claro que los delitos modificados por la LO 1/2004 para dar una respuesta punitiva al plus de antijuricidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, los diferentes tipos integrantes de la denominada violencia de género, en los que se exige que el sujeto

¹⁷La SAP Barcelona, Sección 20ª, nº 921/2016, 15/11/2016, “(...) La citada agravante debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito. La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo.

Por ello, consideramos que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad del aquel o lo que es lo mismo debe quedar acreditado que el autor no sólo quiso matar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de homicidio por razones de género, o en otras palabras que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.

activo sea varón y la víctima su esposa, actual o pasada o persona que esté o hubiera estado ligada a éste por una análoga relación de afectividad (artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP), la nueva circunstancia agravante no podrá ser aplicada en la medida que aparece ya contemplada en la propia estructura de los respectivos tipos penales.

El art. 67 CP, recoge los supuestos en los que las circunstancias agravantes no pueden aumentar la pena correspondiente porque resultan inherentes a determinados delitos. Lo contrario supondría valorar dos veces un mismo hecho, con doble consecuencia sancionadora, circunstancia que impide el principio non bis in ídem. Al respecto, señala SALINERO ALONSO que aunque el principio non bis in ídem no esté recogido en la Constitución Española, resulta de plena aplicación, por cuanto, “se halla implícito en su artículo 25.1 CE, de la mano de los principios de legalidad y tipicidad”¹⁸.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, señala que la denominada inherencia expresa que recoge la primera parte del art. 67 CP, se da cuando el delito de que se trate prevé circunstancias específicas que está previstas para un delito o grupo de delitos de la Parte Especial del CP y despliegan sus efectos solo en el ámbito del delito o delitos de los que dependen y, éstas coinciden con las genéricas previstas en el Libro I del CP.¹⁹

Así pues, sirva la paradoja de que la nueva circunstancia agravante genérica, precisamente no resultará de aplicación en el ámbito de los delitos identificados como propios de la violencia de género. La nueva circunstancia agravante resultará de aplicación en aquellos otros ilícitos penales en los que el correspondiente tipo no contempla la conducta, necesariamente, como una manifestación de discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

La identidad en el fundamento entre la agravación contenida en los tipos penales de los art. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP y la nueva agravante del art. 22.4 CP se deduce de la legislación nacional e internacional y de la propia jurisprudencia del TC²⁰.

Siguiendo la misma línea, deberíamos preguntarnos si la nueva agravante discriminatoria por razón de género necesita para su apreciación la acreditación de ese

¹⁸ SALINERO ALONSO, Teoría General, Circunstancias Modificativas, p. 123.

¹⁹ MARÍN DE ESPINOSA, Las circunstancias del delito, p. 437.

²⁰ STC 59/08 “(...) por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad” y que “(...) corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

STC 45/2010, lo que hizo el legislador fue “apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas”, que “(...) necesita ser contrarrestado con una mayor pena”.

especial elemento subjetivo de dominación, desigualdad o relación de poder entre agresor y agredida. Es decir, cuando la víctima sufre un maltrato leve (art. 153.1 CP), una amenaza leve (art. 171.4), una coacción leve (172.2 CP) o una lesión menos leve (art. 148.4 CP), no debería exigirse una especial prueba del elemento subjetivo de dominación²¹. Sería absurdo e incongruente que no se exija la acreditación de ese especial elemento subjetivo de dominación, desigualdad o relación de poder entre agresor y agredida cuando el hombre le da una bofetada a la mujer que es o ha sido su pareja y que si se exija cuando la apuñala.

Sin embargo, la posición jurisprudencia en relación a la aplicación de las circunstancias recogidas en el art. 22.4 CP es la de exigir la acreditación de la motivación discriminatoria, que ha de concurrir ex ante a la comisión del hecho y debe ser la razón por la cual el autor lo comete. Prueba no exenta de dificultad pus se trata de acreditar un elemento subjetivo que pertenece a los arcanos más íntimos del agresor.²²

Por ello, para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los

²¹ STS 856/14, de 26 de diciembre, que recuerda “(...)Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprochable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega un sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a una coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos probar”.

²² STS 314/15 de 4 de mayo que señala “Como dice la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, esta agravante ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito (...). No obstante los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendamos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia”

que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tenga ninguno. Resulta, por ello, necesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participación de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamente en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

Es obvio que a esta dificultad probatoria nos deberemos enfrentar en aquellos delitos de violencia de género en los que tal intencionalidad no sea elemento del tipo penal, y ello, a pesar de la incongruencia que se produciría de no aplicar la circunstancia en aquellos actos de violencia más graves y que no fueron objeto de la reforma por parte del legislador en el año 2004.

VII. COMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE DE GÉNERO DEL ART. 22.4 CP Y LA DE PARENTESCO ART. 23 CP.

Vinculado a la aplicación del principio non bis in ídem, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios para la aplicabilidad o inaplicabilidad de determinadas circunstancias, y se entiende que no son compatibles, es decir, que no se pueden aplicar a la vez, cuando una de ellas implique a la otra. La decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias sólo puede adoptarse analizando el contenido de cada una de ellas y estableciendo si responden o no a realidades distintas. Señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN²³ que puede hablarse de incompatibilidades, por ejemplo, entre las circunstancias de alevosía, consistente en utilizar medios debilitadores de la defensa y el abuso de superioridad. Pero esta solución de la jurisprudencia, dice MIR PUIG²⁴, no puede fundamentarse en el art. 67 CP, sino en el principio de consunción, art. 8 CP, que es uno de los que presiden la teoría del concurso de leyes, que también resulta aplicable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

La última cuestión que pretendemos determinar es si, cuando la relación es o ha sido de matrimonio o de convivencia more uxorio (no de noviazgo), es de aplicación la circunstancia agravante de actuar por razones de género (art. 22.4 CP) y, además, la de

²³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte General, 2015, p. 484.

²⁴ MIR PUIG, Parte General, 2015, p. 630

parentesco (art. 23 CP), o ello supondría vulnerar el principio non bis in ídem proscrito por la Ley.

La agravante del art. 22.4 CP se basa en la discriminación a la mujer por razón de género, exista o no una relación de pareja entre víctima y victimario. La circunstancia agravante de parentesco, tiene por fundamento el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas²⁵; en concreto, en relación a estas últimas, en la “falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre²⁶” y que hacen a aquellas conductas merecedoras de una mayor reproche penal.

La primera adquiere, así, un matiz subjetivo, frente al carácter objetivo de la segunda. La relación de parentesco, matrimonio o análoga de afectividad requerida en el art. 23 CP concurriría objetivamente; la discriminación por razón de género, sin embargo, exigiría, en principio, la concurrencia de un elemento objetivo (que la víctima sea mujer) y, otro subjetivo (el ánimo del autor).

Dado que la voluntad del legislador es la 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, y no por la simple existencia de la propia relación²⁷, parece que, en aquellos delitos en los que no sean elementos del tipo penal, se podrían aplicar ambas circunstancias, la primera por ser el hecho manifestación de discriminación por razón de género y la segunda por concurrir esa relación de matrimonio o análoga de afectividad, presente o pretérita a que se refiere el art. 23 CP.

Si en aquellas conductas violentas menos graves, el legislador tiene en cuenta esos dos pluses de antijuricidad de los que hemos venido hablando para castigar más al que agrede a quien sea o haya sido su cónyuge o pareja, y más aún si el cónyuge o pareja agredido es la mujer al considerar esta violencia una manifestación brutal de desigualdad, esas dos circunstancias concurrirán cuando el autor comete actos violentos

²⁵ STS 840/12 de 31 de octubre

²⁶ STS 529/14 de 24 de junio.

²⁷ STS 59/2008 de 14 de mayo.

más graves, como por ejemplo, atentar contra la vida de aquella mujer, al no estar incluido entre los elementos del tipo penal del homicidio y del asesinato, ni la relación de afectividad ni la discriminación. Desde la entrada en vigor de la agravante de género del art. 22.4 CP, deberá aplicarse en tales situaciones, además de la circunstancia agravante de parentesco que hasta ahora se venía aplicando, la nueva agravante de género. Sólo así, se alcanzarán los objetivos pretendidos por el legislador, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente vienen recogidos en el CP art. 23 y 22.4.

VIII. CONCLUSIONES.

La Ley Integral, en un primer momento, permitió dar visibilidad a una realidad que estaba silenciada en el interior de los hogares, actualmente puede no ser suficiente, ya que es necesario contemplar otro tipo de violencia contra las mujeres, de acuerdo con el Convenio de Estambul, es necesario dar un paso más y regular un tratamiento integral del problema, de forma que cualquier violencia que se ejerza sobre la mujer, por el hecho de serlo, reciba ese tratamiento especializado e integral.²⁸

Se hace necesario ampliar el concepto de violencia de género conforme a lo exigido por el Convenio de Estambul. La CEDAW, en su Informe de 2015, también señaló que es preciso revisar la Ley Orgánica 1/2004, porque a pesar de ser una buena ley no cubre todo el espectro de violencia de género. MARTÍN NÁJERA, propone que al artículo 1 se añada la frase “(...) o cualquier otra violencia que se ejerza sobre la mujer por el simple hecho de ser mujer, o que afecte desproporcionadamente a la misma”²⁹.

Ese desvalor, motivado por el carácter especialmente lesivo y del significado objetivo de la violencia como manifestación de una grave y arraigada desigualdad, concurre, igualmente, en otras formas delictivas que no fueron objeto de modificación por la Ley Integral (homicidio, asesinato, amenazas graves, coacciones graves, lesiones graves) si se ejecutan en el ámbito de la pareja o ex pareja, lo que determina y justifica la aplicación de un plus penológico como el introducido por la nueva agravante de género.

²⁸ CARMONA VERGARA, Comparecencia ante las Cortes Generales para el Estudio y Aprobación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017.

²⁹ MARTÍN NÁJERA, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017

Las críticas que desde algunos sectores se realizan en torno a la coexistencia de la agravante discriminatoria por razón del “sexo” y por razón del “género”, señalando que pudiera deberse a un olvido del legislador o un plus punitivo innecesario, no están en sintonía con la tendencia legislativa nacional e internacional, así como interpretación jurisprudencial que distingue claramente entre el sexo biológico y los roles que adopta una persona. Ambos motivos tienen naturaleza y fundamentos propios.

La compatibilidad de la agravante de parentesco del art. 23 CP con la agravante de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP, se justifica porque obedece a fundamentos político criminales distintos, pues si bien la circunstancia mixta puede funcionar como atenuante o como agravante dependiendo del delito que se trate y englobado a diversos familiares, la agravante genérica por razones de género, únicamente obedece al fin de evitar las discriminaciones hacia la mujer que han existido y existen estructuralmente en las sociedades patriarcales. Sirva como botón de muestra la SAP Santa Cruz de Tenerife, S 23-2-2017, nº 64/2017 y SAP Valencia, S 3-3-2017, nº 145/2017, ambas aplican las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 23 y 22.4 CP en un delito de homicidio.

En la aplicación de la nueva agravante de género nos enfrentaremos a la dificultad de acreditar su elemento subjetivo, por ello, hubiera sido conveniente que el legislador creara nuevos tipos penales en los que se diera respuesta específica a esas manifestaciones violentas reflejo de la discriminación de la mujer en el ámbito de la pareja o expareja. Podría haber creado un tipo penal específico de homicidio o asesinato de las mujeres en aquellas relaciones afectivas. Esa iniciativa no solo sería congruente con la línea seguida por el legislador para dar respuesta a esa violencia, “símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad “ y que “(...) se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad”, sino que, además, seguiría la línea mantenida por el Parlamento Europeo en Resolución de 31 de enero de 2014 que “Pide a los Estados miembros que califiquen jurídicamente el asesinato de mujeres por razones de género como feminicidio y desarrollen un marco jurídico para erradicarlo”³⁰.

³⁰ PARAMO MARTÍN, Dificultades de aplicación de la nueva agravante, Revista Jurisprudencial El Derecho nº 2, 2016, p. 12

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CÁRCELES, Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón de género, en MORILLAS CUEVAS (Dir.), Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dynkinson, 2015.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017. Trabajos para la Aprobación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

BORJA JIMÉNEZ, La circunstancia agravante de discriminación del art.22.4^{ap}, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), GÓRRIZ ROYO Y MATALLÍN EVANGELIO (Coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª Edición, Tirant to Blanch, 2015.

COMAS D'ARGEMIR, La aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, en Fundación José Ortega y Gasset – Gregorio Marañón, Ensayos, año V, núm. 12, 2007.

LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley integral, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07 – 08, 2005.

MARÍN DE ESPINOSA, Las circunstancias del delito, en ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.) Y MORENO-TORRES HERRERA (Coord.), Fundamentos de derecho penal (Parte general), 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, 10ª Edición. Reppertor, Barcelona, 2015.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, Tirant to Blanch, 2013.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal (Parte General).9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo. Tirant to Blanch Libros, Valencia, 2015.

PARAMO MARTÍN, Dificultades de aplicación de la nueva agravante, Revista Jurisprudencial El Derecho nº 2, 2016.

REBOLLOS VARGAS, La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (Art. 22.4 del Código Penal), en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015. 54

SALINERO ALONSO, Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal y art. 66 del CP, Comares, 2000.
