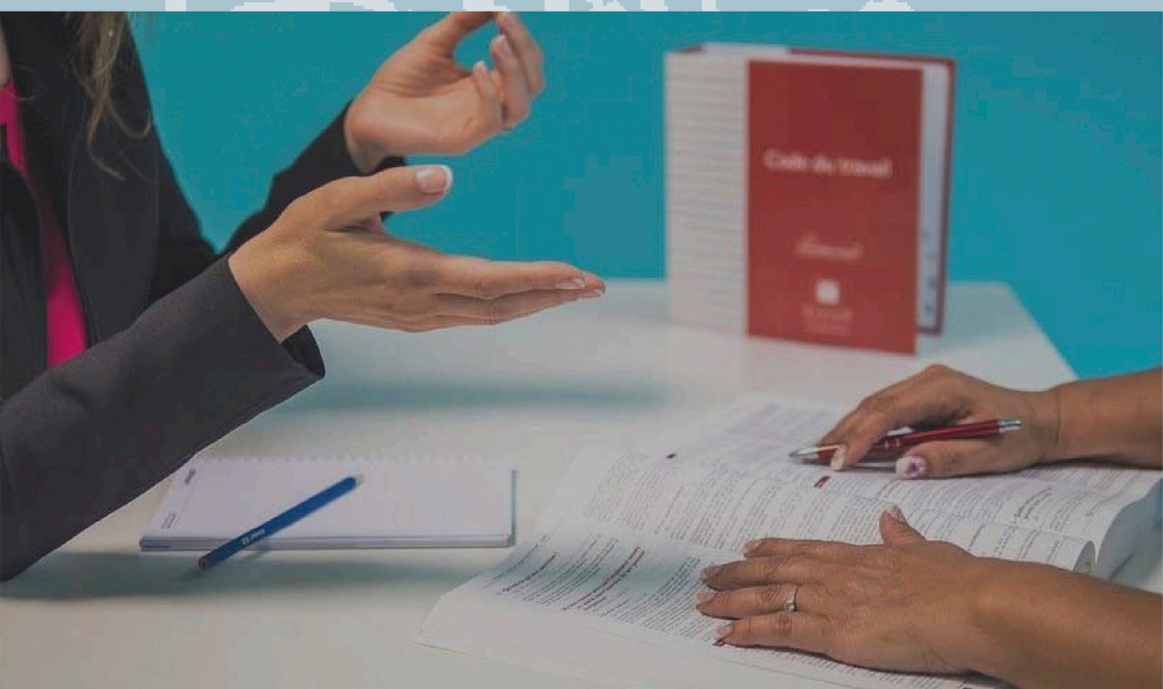


Superación de la doble pobreza de las mujeres víctimas de violencia de género

*Innovación y oportunidades
para el empleo*

COORDINADORAS

ANA VIDU
AITZIBER MUGARRA



**Superación de la doble pobreza de las
mujeres víctimas de violencia de género**
Innovación y oportunidades para el empleo

Ana Vidu
Aitziber Mugarra
(Coordinadoras)

Superación de la doble pobreza de las mujeres víctimas de violencia de género

Innovación y oportunidades para el empleo

Ana Vidu
Aitziber Mugarra
(Coordinadoras)

Organizan:



Colaboran:



INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE OÑATI

Colección “Derecho y Sociedad”
Editorial Dykinson
2021

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> - <http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-600-2
Depósito Legal: M-18611-2021

ISBN electrónico: 978-84-1377-722-1

Índice General

Prólogo.....	9
Introducción	13

PRIMERA PARTE

Pacto de Estado contra la violencia de género: políticas públicas y propuestas legislativas

La protección sociolaboral de las víctimas de violencia de género tras el Pacto de Estado contra la Violencia de Género	17
Violencia de género y lugar de trabajo. Nuevos tiempos para viejos problemas	31
Profesiones jurídicas y género: roles familiares y estrategias de inserción laboral de jóvenes abogadas	51

SEGUNDA PARTE

Innovación y oportunidades para el empleo de las mujeres víctimas de la violencia de género

Nuevas medidas de protección social y económica de las víctimas de violencia de género	67
El empleo de las mujeres víctimas de violencia y el papel de la negociación colectiva.....	79
Nuevas oportunidades de empleo para las mujeres víctimas de violencia de género en el marco de la economía social y de la economía colaborativa	91
La agravante por razón de género como instrumento para luchar contra la violencia contra las mujeres: un debate sobre su eficacia	109

TERCERA PARTE

Visibilizando las formas invisibles de violencia de género

Situación de vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes temporeras de la fresa de Huelva: consideraciones en torno a las posibilidades de respuesta jurídico-penal y su eficacia preventiva	123
<i>Human due diligence</i> en la agricultura española: migración circular y la contratación en origen.....	145
Acoso Sexual de Segundo Orden (SOSH) como forma invisible de la violencia de género: innovación legal para abordar el acoso sexual	157
Trata de seres humanos desde una perspectiva de género	169

CUARTA PARTE

Estrategias de prevención de la violencia de género

El acoso sexual y sexista en el ámbito laboral: propuestas de prevención.....	187
Educación contra la desigualdad de género: aprendizaje-servicio como herramienta para fomentar la igualdad de género.....	201

Índice General

Estrategias de prevención de la violencia de género: sensibilización, concienciación y educación para prevenir la violencia de género.....	219
Un análisis de la pertinencia y acierto de la reforma de los planes de igualdad mediante el RDL 6/2019 de 1 de marzo.....	227
Abreviaturas	245
Resúmenes-Abstracts.....	249
Notas biográficas.....	259

La agravante por razón de género como instrumento para luchar contra la violencia contra las mujeres: un debate sobre su eficacia

FÁTIMA CISNEROS ÁVILA¹⁰¹

1. Introducción

Desde el 1 de enero de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2019 más de mil mujeres han sido asesinadas a manos de hombres que habían sido o eran sus parejas.¹⁰² Desde que se empezaron a computar las cifras de víctimas mortales de la violencia machista, han sucedido importantes cambios en la persecución penal de la violencia de género (Acale Sánchez 2009). El esfuerzo por poner fin a las manifestaciones más graves de la discriminación hacia la mujer tuvo su máximo desarrollo con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por medio de la cual se dotó a los poderes públicos de un cuerpo de medidas de carácter integral para otorgar protección a las mujeres víctimas de violencia de género. Dentro del catálogo de instrumentos previstos para prevenir, perseguir y castigar los comportamientos violentos y discriminatorios hacia las mujeres destacaban, de manera muy notable, las figuras delictivas incorporadas al Código Penal. Un análisis crítico del recurso al Derecho penal en esta materia lo proporciona Laurenzo Copello (2015). En este sentido se introdujeron en nuestro ordenamiento el delito de malos tratos del artículo 153 CP, los delitos de amenazas y coacciones leves de los artículos 171.4 y 172.2 CP, respectivamente, las lesiones agravadas del artículo 148.4 CP y el delito de maltrato habitual recogido en el artículo 173.2 CP.

Las modificaciones legislativas impulsadas por la Ley Orgánica 1/2004 fueron pioneras en nuestro entorno y supusieron un adelanto importante en la concienciación social sobre el histórico problema de la violencia de género. No obstante, no faltaron las voces críticas (Laurenzo Copello 2015) que pusieron en entredicho la eficacia del Derecho penal para acabar con el machismo violento de fuertes raíces culturales.

A los instrumentos introducidos por la Ley Integral de 2004 hay que sumar la agravante por razones de género incorporada al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. Su incorporación al Código Penal, junto con el resto de delitos relacionados con la violencia de género, podría calificarse como positiva, en la medida en que dota a los operadores jurídicos de una nueva herramienta para aplicar la ley desde una perspectiva de género. A pesar del aparente acuerdo sobre las bondades de esta agravación específica, esta figura planteó algunos interrogantes que, desde su aparición, han intentado ser despejados por parte

¹⁰¹ El presente trabajo ha sido realizado en el contexto del proyecto de investigación *Comportamientos basados en el discurso del odio. Respuesta desde el Derecho penal y otros ámbitos del ordenamiento jurídico* DER 2017-84178-P, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹⁰² Datos extraídos del *Boletín Estadístico Mensual* (septiembre de 2019) elaborado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género.

de la doctrina y de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que se han sucedido desde su entrada en vigor.

La creación de la agravante por razones de género y su incorporación junto a otras como la agravante por razón de sexo o por razón de identidad u orientación sexual ha obligado a la doctrina a definir las líneas diferenciadoras entre la figura que nos ocupa en este trabajo y el resto de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Igualmente, se plantean dudas sobre cuáles deben ser los requisitos para su aplicación, si deben regir las mismas exigencias para el resto de agravantes o, si, por el contrario, esta circunstancia presenta alguna particularidad. Por último, parte de la doctrina se ha ocupado del estudio de la aplicabilidad de esta agravante, con el objetivo de dilucidar cómo convive esta figura con el resto de tipos penales donde se castiga la violencia de género.

Estas y otras cuestiones han sido tratadas por parte de la doctrina, que ha aportado las principales líneas teóricas para resolver los aspectos más problemáticos de esta figura. De gran importancia son también los pronunciamientos jurisprudenciales de los últimos años donde se ha aplicado la agravante por razones de género y que han servido para perfilar los requisitos para su aplicación.

A lo largo de este capítulo, profundizaré en el contenido de esta nueva circunstancia agravante, con la finalidad de aclarar si su incorporación, supone verdaderamente un plus de protección a la mujer. Además, expondré los principales criterios establecidos por la jurisprudencia para aplicar la agravante de género, de cara a concretar su virtualidad.

2. Argumentos para una agravante por razones de género

El artículo 22.4^a del Código Penal español recoge la circunstancia agravante por motivos discriminatorios en virtud de la cual se incrementará la pena cuando el delito se cometa por motivos racistas, antisemitas u otra 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 o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad. A esta lista se incorporó en 2015 la agravación por razones de género para, tal y como se recoge en el preámbulo de la propia ley, reforzar la protección especial dispensada por el Código Penal a las mujeres víctimas de violencia de género. Sin embargo, podríamos preguntarnos qué argumentos podrían justificar la incorporación de un nuevo instrumento penal habida cuenta del amplio arsenal de medidas que ya se incorporó por medio de la Ley Integral de 2004. En este sentido, entiendo que existen varios argumentos que sirven de apoyo a la decisión del legislador español.

En primer lugar, puede afirmarse que la agravante por razón de género viene a cubrir aquellos supuestos que no quedaban contemplados por otras figuras afines, como son las agravantes basadas en el sexo y en la identidad y orientación sexual. Estas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, aunque afines al género, se refieren a realidades distintas que, por lo tanto, merecen una consideración independiente. Así, en el caso de la identidad sexual, se incluirían todos aquellos delitos cometidos contra una persona motivados por la identificación de la víctima con un sexo distinto a su sexo biológico (Iñigo Corroza 2012). Es decir, los ataques sobre una persona por ser transexual o, en definitiva, por apartarse de la tradicional correspondencia entre sexo biológico y el género asignado desde el nacimiento. Por su parte, la agravación basada en la orientación sexual de la víctima se

producirá en los casos de ataques homófobos, en los que la agresión se fundamenta en el rechazo a la homosexualidad de la víctima.¹⁰³

La distinción se torna más difícil, sin embargo, en el caso de la agravante por razón del sexo de la víctima. La incorporación de la posibilidad de incrementar la pena cuando el delito se comete por razones de género nos lleva a preguntarnos si, ambas circunstancias no obedecen al mismo fundamento.¹⁰⁴

Con carácter general, por sexo se entiende la condición biológica de hombre y mujer, incluyendo en esa condición los rasgos estrictamente físicos que distinguen un sexo de otro. En base a esta definición, la circunstancia agravante por razón de sexo se aplicará cuando el delito se realice motivado, precisamente, por el rechazo a esos rasgos biológicos. Siendo así, parte de la doctrina entiende que, con esta circunstancia se desvalora la actuación discriminatoria sobre una mujer o sobre un hombre por el mero hecho de serlo.¹⁰⁵ Aunque del tenor literal de la redacción de la agravante no se deduzca limitación del sujeto pasivo, lo cierto es que la discriminación, que de manera histórica han sufrido las mujeres, convierte a la agravante del artículo 22.4ª en una vía pensada especialmente para las conductas violentas y discriminatorias sobre el sexo femenino (Rueda Martín 2019, p. 6; Quintero Olivares 2011, p. 303).

En este sentido, lo entiende Acale Sánchez (2007, p. 39), para quien la violencia por razón de sexo es aquella que se ejerce sobre la mujer por el mero hecho de serlo e incluye, según esta autora, delitos como el aborto o las violaciones vaginales. Estos casos tienen un fundamento biológico, basado en las características del sexo femenino y darán lugar a la aplicación de la agravante cuando el delito se realice motivado, precisamente, por el rechazo a esos rasgos biológicos. En este sentido, Renart García (2002) entiende que, la agravante por razón de sexo debe aplicarse en los casos de delitos misóginos.

A pesar de que la diferencia cuantitativa entre las agresiones discriminatorias hacia hombres o mujeres sea sustancial y haga pensar en la discriminación por sexo como una discriminación hacia la mujer, entiendo que, la configuración de la agravante no impediría aplicarla al caso de una agresión realizada sobre un hombre en base a sus atributos biológicos propios de su sexo.

Por su parte, el género no tiene una base física o biológica, sino que se refiere a una construcción social y cultural que asigna diferentes características emocionales, intelectuales y comportamientos a mujeres y hombres. Por lo tanto, en este caso la agravación de la pena tendrá su base en una mayor reprobación de la conducta delictiva por haberse realizado motivada por el rol de género de la víctima, en este caso, de la mujer. Así se deduce del preámbulo de la ley 1/2015 en la que se circunscribe esta agravante a la lucha contra la violencia sobre la mujer, en la medida en que la construcción cultural de uno y otro género no se han realizado en un plano de igualdad, sino que esta construcción ha colocado a la

¹⁰³ En relación a la circunstancia agravante por orientación sexual, se ha planteado la posibilidad de aplicarla cuando el delito se haya cometido sobre una víctima por el modo de ejercer su sexualidad. En concreto se piensa en el caso de quien perpetra un delito sobre una prostituta. No parece que esta agravante pueda ser aplicada en este caso ya que, más que a la orientación sexual de la víctima y a una condición personal, la prostitución se refiere a la ocupación de la persona, lo que parece excluir la aplicación de la circunstancia agravante. En este sentido Díaz López 2013.

¹⁰⁴ Sobre la distinción de los conceptos sexo y género y cómo esta distinción conceptual se plasmó en la Ley Orgánica 1/2004, véase Coll-Planas et al. 2008.

¹⁰⁵ Autores como Rebollo Vargas sostienen que esta circunstancia no se limita únicamente a la mujer como sujeto pasivo, sino que abarca también los casos en los que el hombre es víctima de un delito por el hecho de tener atributos sexuales masculinos. Rebollo Vargas 2015, p. 4.

mujer en una situación de sometimiento respecto del hombre (Pitch 2010). Así, la agravante por razón de género se aplicará cuando el delito se cometa como una manifestación de la intención de perpetuar esa relación de dominación del hombre sobre la mujer y, ese ánimo de dominación es el que debe conducir a la aplicación de la agravante.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la construcción de las circunstancias agravantes de sexo y género se realiza sobre fundamentos distintos que dan lugar a una diferencia conceptual que justifique que ambas agravantes convivan en el Código Penal.¹⁰⁶

El segundo argumento que, desde mi punto de vista justifica la decisión del legislador de crear una agravante por razones de género es la necesidad de incorporar al Código Penal un concepto más amplio de violencia de género que el contenido en la Ley Orgánica 1/2004. El artículo 1 de esta ley circunscribe la violencia de género al ámbito de las relaciones de pareja¹⁰⁷ y así se materializó en las innumerables reformas penales que introdujo en las que la conducta violenta se enmarcó en la relación de pareja actual o pasada. De esta manera, sirva como ejemplo, se configuró el delito de malos tratos ocasionales del artículo 153 del Código Penal, el cual castiga con pena de prisión de 6 meses a un año al que “golpear o maltratar 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”. Esta decisión del legislador, tachada de reduccionista por una parte de la doctrina (Laurenzo Copello 2006, p. 345), obedecía al hecho de que la mayoría de las agresiones de carácter machistas se producen en el entorno de la pareja y que, por lo tanto, es ahí donde debían dirigirse con una mayor intensidad los recursos de carácter penal y no penal. Aunque el razonamiento del legislador de la Ley Integral de 2004 sea válido, no es suficiente, siendo así que deja fuera del concepto de violencia de género las agresiones que, sin desarrollarse en el ámbito de la pareja, son también manifestaciones de la desigual situación que la mujer ocupa en la sociedad a causa de las asimétricas relaciones de poder que existen entre hombres y mujeres y que son reflejo de cómo se han construido uno y otro género. Piénsese por ejemplo en los casos de delitos sexuales fuera de la relación de pareja o los muchos casos de acoso laboral sobre las mujeres.

Entiendo que la agravante por razones de género abre la posibilidad de valorar, en un caso de violencia de género, aquellos que se quedaron fuera de la definición del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004. Esta interpretación, además de dar una protección más amplia a las mujeres víctimas de violencia machista, es coherente con la definición contenida en el Convenio de Estambul que, en su artículo 3. d) define 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”. Este texto internacional, de obligada referencia, se aparta del concepto limitado de violencia de género de la ley española e incorpora como violencia de género todos los casos de violencia sobre la mujer, aun cuando se produzcan fuera del ámbito de la pareja¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En esta línea también Marín de Espinosa Ceballos (2018, 11). De la opinión contraria es Gutiérrez Gallardo (2017), quien defiende la eliminación de la referencia al sexo por entender que ya queda abarcado por el concepto de género.

¹⁰⁷ El tenor literal del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que esta ley “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 o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

¹⁰⁸ Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre que, al hilo del análisis sobre la compatibilidad entre la agravante por razones de género y la circunstancia agravante de parentesco establece que “la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de

En base a lo aquí expuesto, entiendo que la incorporación de la agravante por razones de género se justifica por la necesidad de dar una respuesta más global a la violencia de género, de manera que ahora los operadores jurídicos cuentan con un instrumento que les permite analizar todas las conductas delictivas desde una perspectiva de género.

3. Alcance de la agravante específica de género: convivencia con otras figuras penales de violencia de género

Tal y como se ha mantenido en el apartado anterior, la agravante por razones de género dota al ordenamiento de una nueva medida para luchar contra la violencia de género, ya sea cuando tenga lugar dentro del ámbito de la pareja como fuera de ella. Sin embargo, su incorporación en el Código Penal plantea algunas dudas sobre su alcance, es decir, sobre los casos en los que se podrá aplicar. La existencia de numerosas figuras donde ya se contempla de manera específica la violencia de género nos lleva a plantearnos en qué casos podremos aplicar esta nueva circunstancia agravante.

Empezaré este análisis descartando aquellos casos en los que entiendo no podrá aplicarse esta nueva agravante por entender que vulnera el principio de prohibición de doble incriminación. Se incluyen aquí los casos en los que sean de aplicación algunas de las figuras específicas de la violencia de género donde la base machista de la acción típica ya es fundamento de la pena a imponer. Me refiero, por ejemplo, a los casos de maltrato de obra del artículo 153.1 C.P., las lesiones agravadas del artículo 148.4º C.P., las amenazas leves del artículo 171.4º C.P. o las coacciones leves del artículo 172. 2º C.P. En todos estos tipos penales se realiza una referencia expresa a la mujer pareja como sujeto pasivo. La introducción de estos tipos penales en nuestro ordenamiento obedeció a la necesidad de perseguir las conductas violentas que fuesen manifestación de la situación de dominio a la que la mujer históricamente ha estado y está sometida. En la configuración de estos preceptos ya se introduce, por lo tanto, el elemento del género y se desvaloriza el mayor injusto de una conducta cometida por un móvil machista. Teniendo en cuenta esto, puede afirmarse que la aplicación de la agravante por razones de género será incompatible con estos tipos penales, habida cuenta de que se produciría un *non bis in idem* y se estaría castigando dos veces sobre el mismo fundamento.

No existe impedimento, sin embargo, en aplicar la agravante cuando, por ejemplo, se haya producido un delito de lesiones, ya sea del tipo básico o de algunos de los subtipos agravados, sobre una mujer con la finalidad de perpetuar su rol de sumisión sin que exista una relación de pareja actual o pasada.

Exceptuando los tipos penales hasta ahora mencionados, la agravante por razones de género es aplicable en todos aquellos delitos sobre las personas en los que la motivación del autor obedezca al deseo de mantener la situación de dominio sobre la mujer. Así, entiendo que esta circunstancia agravante resultará especialmente operativa en los casos de homicidio y asesinato. Hasta la entrada en vigor de esta circunstancia, los casos de asesinatos y homicidios de mujeres a manos de sus parejas quedaban resueltos mediante la aplicación de los respectivos tipos penales y, en algunos casos, de la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad de agravante. Faltaba en estos casos un instrumento que permitiese contemplar el mayor desvalor de estos casos, en la medida en que la muerte era la manifestación más violenta del contexto

pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4º C.P. pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer”.

de control del hombre sobre la mujer. Quitar la vida a quien era o había sido su esposa es la representación más cruel de la desigualdad entre géneros y, la aplicación de la agravante de parentesco no abarcaba la gravedad al completo de esta conducta. Ahora la circunstancia agravante por razón de género permite analizar estos casos y otros desde una perspectiva de género, permitiendo desvalorar un delito machista más allá de los tipos penales que de manera expresa preveían esta posibilidad. Claro ejemplo de esto es que, la primera sentencia en la que se aplicó la agravante por razones de género recogía un caso de tentativa de homicidio.¹⁰⁹

Esto también puede predicarse de los casos de delitos contra la libertad sexual que, cuando se realicen como manifestación de la dominación del hombre sobre la mujer, podría dar lugar a la aplicación de la agravante por razones de género. Pensemos, por ejemplo, en un caso de acoso sexual en el ámbito laboral que se realice con un desprecio hacia la mujer y con la finalidad de manifestar su situación de inferioridad en ese ámbito por razón de su género. En ese caso entiendo que, junto con el delito del artículo 184 del Código Penal, debería apreciarse la agravante del apartado 4º del artículo 22.

Tal y como se recoge en el Convenio de Estambul, toda violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo debe ser entendido como violencia de género, por lo que considero que la virtualidad de la circunstancia agravante por razones de género alcanza también a estos casos cuando, efectivamente, el acoso sexual sea reflejo de una motivación de discriminación basada en el género.

La incorporación de esta nueva agravante al Código Penal nos plantea también la duda sobre su compatibilidad con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como puede ser la circunstancia mixta de parentesco. Pensemos en un supuesto de homicidio de una mujer cuyo autor es su pareja sentimental. En este caso cabría la aplicación de la agravante por razones de género que incrementaría la pena determinada en el artículo 138 del Código Penal. Pero, además, podríamos plantearnos también la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco en su versión de agravante. Para determinar si ambas circunstancias son compatibles es necesario delimitar el ámbito de actuación de cada una y su fundamento. Respecto de la agravante por razones de género basta lo expuesto con anterioridad. El incremento de pena derivado de su aplicación se basa en un mayor desvalor de la acción porque con ella, además de lesionar un concreto bien jurídico, se produce un ataque al derecho de la mujer a ser considerado un ser humano en condiciones de igualdad (Laurenzo Copello 1996, p. 281) y, con ello, se perpetúa la situación de inferioridad de la mujer dentro de la sociedad. Por su parte, cuando el parentesco actúa como agravante está desvalorando en mayor medida aquellos ataques que tienen lugar en el entorno de confianza que se genera en el ámbito familiar. Tal y como se ha venido entendiendo en la doctrina,¹¹⁰ el parentesco genera unas expectativas de comportamiento y unos derechos y deberes cuyo incumplimiento debe conllevar a la agravación de la conducta.

Se puede afirmar, por lo tanto, que una y otra circunstancia tienen un fundamento diferenciado, lo que no impediría su aplicación de manera conjunta (Marín de Espinosa Ceballos 2018, p. 16).¹¹¹ Así lo ha entendido y aplicado la jurisprudencia. Por todas cabe resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre que establece que “la referida circunstancia agravante de parentesco fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, es compatible con la agravación basada en

¹⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 517/2017.

¹¹⁰ Sobre la interpretación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante *vide* Íñigo Corroza 2011, p. 8-14.

¹¹¹ En la línea contraria San Millán Fernández 2019, p. 340.

el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género”¹¹²

No existiría impedimento, en el caso más arriba descrito, de aplicar al delito de homicidio la agravante por razón de género, junto con la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad de agravante.

4. Requisitos para la aplicación de la agravante por razones de género a la luz de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria

Para la aplicación de una circunstancia agravante la doctrina exige la concurrencia de una serie de requisitos. Para una parte de la doctrina es necesario que se den tanto el elemento objetivo como el subjetivo (Borja Jiménez 2015, p. 120). El primero exige que, en el caso concreto, concorra la característica que fundamenta la agravación. Es decir, si estamos ante un caso de una agresión a un homosexual, se podrá agravar la pena por un motivo discriminatorio en base a la orientación sexual de la víctima, solo si, efectivamente concurre en ella esa característica. Por su parte, el elemento subjetivo pone la atención en la motivación del autor. En el caso puesto como ejemplo se podrá aplicar la agravante solo si la actuación obedece a un móvil discriminatorio, esto es, que además del lesionar el bien jurídico al que se refiera en cada caso concreto (vida, integridad física...) se ha buscado discriminar a la víctima por alguna característica personal de las recogidas en el artículo 22.4ª C.P. Las características que pueden motivar el aumento de la pena se corresponden con las de quienes pertenecen a grupos que, de manera histórica, han estado sometidos a discriminación (Rodríguez Yagüe 2007, p. 9). El delito se ha cometido por el rechazo que le provoca que la víctima sea extranjera, gitana, mujer o que tenga una discapacidad.

Para otra parte de la doctrina basta con la existencia de un móvil discriminatorio basado en algunas de las razones que se recogen en la agravante por discriminación (Mir Puig y Gómez Martín 2015, p. 149), es decir, basta con que se dé el elemento subjetivo.

Con la incorporación de la agravante por razones de género tenemos que preguntarnos cuál es la tendencia doctrinal y jurisprudencial a la hora de fijar los requisitos que tienen que darse para poder aplicarla.

A este respecto parte de la doctrina coincide en exigir, también en este caso, los dos elementos, objetivo y subjetivo que, con carácter general, se entiende que configuran las estructuras de la agravante discriminatoria. Así, en relación al requisito objetivo, tiene que producirse que el delito se realice sobre una mujer. En este punto cabe plantearse si esta agravante exige que la mujer sea pareja, actual o pasada, del autor del hecho delictivo. A este respecto y, de acuerdo con la postura sostenida en este trabajo, entiendo que la agravación podrá producirse también en aquellos casos en los que la mujer no tenga ningún vínculo sentimental con el autor¹¹³. En este sentido se ha pronunciado una parte de la jurisprudencia como, por ejemplo, en la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo 656/2008, de 19 de noviembre, en la cual se defiende la ampliación del ámbito subjetivo de la agravante más allá de los casos recogidos en la Ley Orgánica 1/2004.

Junto con el elemento objetivo debe darse en el autor del delito en cuestión un móvil discriminatorio. En el caso de la agravante por razones de género su actuación debe estar

¹¹² Fundamento de Derecho 8. Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre.

¹¹³ En esta misma línea Orejón Sánchez de las Heras 2019, p. 147.

motivada por el ánimo de perpetuar una situación de discriminación sobre la mujer en base a la desigual construcción de los roles de género.

En los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha aplicado la agravante por razón de género se ha podido intuir una tendencia a exigir este elemento subjetivo de manera que, para su apreciación se ha requerido la concurrencia de un móvil concreto en el autor. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en la Sentencia número 64/2017, de 23 de febrero, en la que se condenó por un delito de asesinato a un hombre que roció con gasolina a su mujer y le prendió fuego. La Audiencia somete a consideración la concurrencia de la agravante por razón de género habida cuenta de que antes de los hechos objeto de enjuiciamiento se habían producido diversos episodios entre víctima y autor del delito en los que él había ejercido un fuerte dominio sobre la mujer. En concreto, destaca el tribunal la negativa de este a que la víctima se separase de él y a que iniciase una vida económicamente independiente de su marido. Esta oposición del acusado a la libertad de su mujer y la intención de continuar con la situación de superioridad y control sobre ella llevan a afirmar a la Audiencia que existe en el autor una específica motivación de perpetuar el escenario de subordinación de su mujer respecto al poder del marido¹¹⁴. Otros pronunciamientos como el contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña número 198/2017, de 2 de mayo hablan también del móvil discriminatorio como fundamento de la aplicación de esta circunstancia agravante.

Esta tendencia marcada en las primeras sentencias donde se aplicó la agravante discriminatoria por razones de género ha dado un importante giro con la Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero. En este caso el Alto tribunal establece que, para poder afirmar la agravación de la pena por razón del género no debe concurrir en el autor del hecho un elemento subjetivo materializado en el ánimo de perpetuar la situación de hegemonía del hombre sobre la mujer.¹¹⁵ Basta, conforme a esta sentencia, con que concurra el elemento objetivo que fundamenta la agravante.¹¹⁶

Conclusiones

El análisis realizado en este trabajo sobre la nueva circunstancia agravante del artículo 22.4ª C.P. ha permitido profundizar sobre el fundamento de la inclusión de esta causa de modificación de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento. Además, se han delimitado conceptualmente esta figura y otras circunstancias afines y se han perfilado los supuestos en los que puede ser aplicada. De las consideraciones realizadas a lo largo de estas páginas se pueden establecer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, puede afirmarse que la nueva circunstancia del artículo 22.4ª no solo cumple los mandatos recogidos en instrumentos como el Convenio de Estambul, sino que

¹¹⁴ En un sentido similar se pronuncia la Audiencia Provincial de Lleida en la sentencia número 56/2017 de 7 de febrero, en un caso también de asesinato de una mujer a manos de su marido. La relación de pareja marcada por los malos tratos de él hacia ella, llevan al tribunal a admitir la aplicación de la agravante por razones de género sobre el argumento de que “los hechos se cometieron abusando de una posición de dominio que dota a su comportamiento de una mayor gravedad”.

¹¹⁵ Fundamento de Derecho 4. Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero.

¹¹⁶ Este giro jurisprudencial se produjo también en la interpretación de los delitos de violencia de género. En un inicio una línea jurisprudencial exigía que, para poder aplicar alguno de los delitos de violencia en el ámbito de la pareja, actual o pasada, existiese un elemento subjetivo: una motivación de dominio (STS 58/2008). Esto, sin embargo, cambio a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 677/2018, en la que se elimina esa exigencia del ánimo de dominación.

además viene a cubrir una laguna de nuestro ordenamiento¹¹⁷ en vista de que la agravante por razones de sexo se aplica preferentemente a delitos misóginos, dejando fuera aquellas otras conductas delictivas que se cometían sobre mujeres, no por las características de su sexo biológico, sino como manifestación de una relación de desigualdad histórica entre hombres y mujeres que tiene en la violencia física y psíquica la manifestación más grave. Entiendo, por lo tanto, que era necesaria la reforma del artículo 22.4^a para la incorporación de esta circunstancia para dotar al ordenamiento de un instrumento para resolver los casos de agresiones a las mujeres desde una adecuada perspectiva de género.

Enlazo aquí con la segunda conclusión que pueden extraerse de este trabajo: existe una diferencia conceptual entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal por razón de sexo y de género. La convivencia de ambas agravantes es necesaria en la medida en que cubren espectros diferentes de la discriminación a las mujeres.

En lo que respecta a los requisitos para la aplicación de la agravante por razones de género, cabe afirmar que, aunque con carácter general su apreciación por parte de los tribunales ha exigido la concurrencia en el autor del delito de un móvil discriminatorio hacia la mujer como muestra de una situación de control y dominio sobre ella, el Tribunal Supremo con la sentencia 99/2019 ha dado un giro radical a esta tendencia, eliminando la exigencia del elemento subjetivo. Esta tendencia resulta cuanto menos peligrosa ya que podría dar lugar a una aplicación automática de la agravante cuando la víctima sea una mujer.

Por último, en lo relativo a los supuestos de aplicabilidad de esta agravante, el análisis aquí realizado ha puesto de manifiesto que este precepto es incompatible con aquellos tipos penales introducidos en el Código Penal para luchar contra la violencia de género, en los que ya se contempla el mayor desvalor que conlleva una acción delictiva motivada por el ánimo de someter a la mujer al poder del hombre. La aplicación de esta agravante quedará reservada, por lo tanto, para aquellos tipos penales genéricos como asesinato, homicidio, agresiones y abusos sexuales y delitos contra la libertad, entre otros.

Aunque la incorporación de esta circunstancia agravante en el Código Penal plantea importantes retos desde el punto de vista de su interpretación y su aplicación, una primera aproximación a esta figura permite afirmar que se trata de un instrumento necesario en nuestra sociedad para realizar una interpretación de los delitos contra las mujeres desde una perspectiva de género, de manera que no dejen de desvalorarse aquellas conductas detrás de las que se esconde una estructura machista de la sociedad. Sin embargo, a modo de cierre es necesario afirmar que, aunque el Derecho penal y las herramientas como la agravante aquí analizada, puedan ser útiles en la lucha contra la violencia de género, no puede limitarse la intervención al ámbito político criminal, sino que la eliminación de la violencia machista exige una intervención integral de los poderes públicos centrada en aspectos como la educación, la sanidad o el ámbito laboral y no, única y exclusivamente en el Derecho penal como único recurso.

¹¹⁷ De la opinión contraria es Borja Jiménez, quien entiende que la introducción de la agravante por razón de género no amplía la protección de los derechos de la mujer ya que el género abarcaría los mismos supuestos que los ya contemplados por la agravante por el sexo de la víctima. La incorporación del género obedecería, según este autor, a una finalidad simbólica del Derecho penal. Para una mayor profundización sobre la interpretación análisis de este autor de esta circunstancia agravante, véase Borja Jiménez 2015. En este sentido se pronuncia también Aguilar Cárceles (2015), quien advierte que, aunque esta nueva causa de agravación de la pena cumple con los compromisos internacionales suscritos por España, desde un punto de vista interno no aporta un plus de protección a la mujer del ya existente.

Bibliografía

- Acale Sánchez, María (2007): «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género», en P. Faraldo Cabana edtr., *Política criminal y reformas penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Acale Sánchez, María (2009): «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», *REDUR* 7, p. 37–73.
- Aguilar Cárceles, Marta María (2015): «Circunstancias agravantes genéricas», en L. Morillas Cueva edtr., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, p. 58–63.
- Borja Jiménez, Emiliano (2015): «La circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4ª», en J.L. González Cussac edtr., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 119–123.
- Coll-Planas, Gerard et al. (2008): «Cuestiones sin resolver en la Ley Integral de medidas contra la violencia de género: la distinción entre sexo y género, y entre violencia y agresión», *Revista Papers* 87, p. 187–204.
- Díaz López, Alberto (2013): *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª C.P.* Cizur Menor: Aranzadi.
- Gutiérrez Gallardo, Sonia (2017): «La nueva agravante por razones de género: ¿era realmente necesaria?» *Actas del III Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Derecho Penal*, p. 1–7.
- Íñigo Corroza, María Elena (2011): «Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco», *Indret: Revista para el análisis del Derecho* 4, p. 1–28.
- Íñigo Corroza, María Elena (2012): «Circunstancias modificativas de la responsabilidad», en J.M. Silva Sánchez edtr., *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La ley, p. 105–120.
- Laurenzo Copello, Patricia (1996): «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos* 19, p. 219–288.
- Laurenzo Copello, Patricia (2006): «Modificaciones de Derecho penal sustantivo derivadas de la ley integral contra la violencia de género. La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: Edisofer/Consejo General del Poder Judicial, p. 335–367.
- Laurenzo Copello, Patricia (2015): «¿Hacen falta figuras específicas de género para proteger mejor a las mujeres?» *Estudios Penales y Criminológicos* vol XXXV, p. 783–830.
- Marín de Espinosa Ceballos, Elena (2018): «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4ª C.P.)», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* 20-27, p. 1–20.
- Mir Puig, Santiago y Víctor Gómez Martín (2015): «Comentario al artículo 22.4ª del Código Penal», en M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig edtr., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 148–152.
- Orejón Sánchez de las Heras, Néstor (2019): *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Madrid: Dykinson.
- Pitch, Tamar (2010): «Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44, p. 435–459.
- Quintero Olivares, Gonzalo (2011): «Circunstancias agravantes», en G. Quintero Olivares edtr., *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 290–309.

La agravante por razón de género...

- Rebollo Vargas, Rafael (2015): «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento», *Revista General de Derecho Penal* 23, p. 1–28.
- Renart García, Felipe (2002): «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4ª del C.P. de 1995», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 5, p. 1736–1752.
- Rodríguez Yagüe, Cristina (2007): «Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal», *Instituto de Derecho Penal europeo e internacional* 11, p. 1–24.
- Rueda Martín, María Ángeles (2019): «Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* 21, p. 1–37.
- San Millán Fernández, Bárbara (2019): «Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razón de género», *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIX, p. 304–351.